



UNIVERSITÀ DI PISA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Tesi di Laurea Magistrale

**LA COOPERAZIONE TRA COMMISSIONE EUROPEA ED
AUTORITÀ NAZIONALI NEL CONTROLLO DELLE
CONCENTRAZIONI FRA IMPRESE**

Il Candidato:

Giuseppe Montanarella

Il Relatore:

Prof. Antonio Marcello Calamia

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI TRA IMPRESE	4
---	----------

1. Il fenomeno delle concentrazioni tra libertà di iniziativa economica e tutela della concorrenza	4
2. Il silenzio del Trattato CE e l'interpretazione estensiva della Corte di Giustizia degli artt. 81 e 82.	8
3. L'adozione del regolamento n. 4064/1989	16
4. Le modifiche apportate mediante il regolamento 139/2004... ..	24

CAPITOLO 2

IL SISTEMA DEI RINVII TRA COMMISSIONE ED AUTORITÀ NAZIONALI	31
--	-----------

1. Lo sportello unico e i meccanismi correttivi in funzione del rispetto del principio di sussidiarietà.....	31
2. Il rinvio “verso il basso”, dalla Commissione alle Autorità nazionali.....	35
2.1. Le problematiche sollevate dall'ipotesi di rinvio parziale .	40
2.2. Ulteriori profili critici.....	44
3. Il rinvio “verso l'alto”, dalle Autorità nazionali alla Commissione	46
4. Il rinvio pre-notifica	49

CAPITOLO 3

VERSO UN CONTROLLO PIÙ EFFICACE DELLE CONCENTRAZIONI NELL'UE	56
---	-----------

1. La valutazione dell'efficacia dell'attuale sistema dei rinvii: la Relazione della Commissione del 2009.	56
--	-----------

2. Il Libro bianco del 2014	62
3. Le prospettive di riforma contenute nel Libro bianco.	65
3.1. La proposta volta a semplificare il rinvio prima della notifica	67
3.2. La proposta volta a razionalizzare il rinvio successivo alla notifica dagli Stati membri alla Commissione	70
4. La consultazione pubblica indetta dalla Commissione europea	73

CAPITOLO 4

LA NORMATIVA ITALIANA SUL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI.....	79
--	-----------

1. La disciplina nazionale della concorrenza.	79
2. La tutela della concorrenza e controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese in Italia	81
3. I poteri dell'Autorità garante	88

CONCLUSIONI	91
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	96
---------------------------	-----------

ATTI E DOCUMENTI	98
-------------------------------	-----------

INTRODUZIONE

In ogni ordinamento giuridico, se da un lato si promuove la concorrenza con appositi interventi, dall'altro si prevede una disciplina che può arrivare fino a comminare sanzioni agli operatori che pongono in essere comportamenti suscettibili di provocare effetti distorsivi alla libera concorrenza nel mercato. Per concentrazione si intende quel fenomeno economico che si realizza quando un'impresa si fonde con un'altra ovvero ne acquisisce il controllo, con la possibilità, dunque, di esercitare un'influenza determinante sull'attività della stessa. Si ha altresì una concentrazione quando due o più imprese creano un'impresa comune, da entrambe controllata, mettendo insieme le rispettive attività. Il fenomeno delle concentrazioni tra imprese ha assunto rilevanza sempre maggiore in funzione della progressiva realizzazione del mercato comune. Le concentrazioni assumono, allora, rilevanza per il diritto della concorrenza quando il processo di concentrazione riduce il numero di soggetti economici attivi in uno specifico settore creando una situazione che possa distorcere il mercato. La materia è disciplinata, a livello di UE, dal regolamento 139/2004, che è andato a riformare il regolamento 4064/89. Si tratta di una normativa diretta a regolare il fenomeno delle concentrazioni tra imprese, ponendo dei limiti in funzione della realizzazione di un mercato unico rispettoso delle regole della libera concorrenza. La normativa comunitaria, in particolare, prevede un articolato meccanismo di controllo delle operazioni di concentrazione diretto ad evitare che queste possano ripercuotersi negativamente sul mercato con la produzione di effetti anticoncorrenziali. Tale controllo è oggetto di competenza esclusiva della Commissione, la quale, però, nell'ottica di una maggiore efficienza del sistema, è chiamata a cooperare con le Autorità nazionali degli Stati membri.

Tema centrale e di fondamentale importanza nella trattazione dell'elaborato è proprio quello riguardante i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale, e quindi i criteri di ripartizione delle competenze tra Commissione e Autorità nazionali. Questo lavoro intende ripercorrere le tappe fondamentali dell'evoluzione della disciplina sul controllo delle concentrazioni, chiarendone i criteri applicativi e le prospettive di ulteriore riforma. L'obiettivo principale della riforma del 2004 è stato il rafforzamento del principio dello sportello unico, o *one stop shop*, al fine di consentire alle imprese partecipanti alla concentrazione di rivolgersi ad un'unica autorità della concorrenza. Il sistema di riparto delle concentrazioni che devono essere valutate dalla Commissione o dalle Autorità nazionali continua ad essere incentrato (come lo era sotto la vigenza del Regolamento del 1989) su precise ed elevate soglie di fatturato, indipendentemente dai reali effetti (transfrontalieri o nazionali) dell'operazione di concentrazione. Tale sistema, però, si è ben presto rivelato inadeguato; infatti, operazioni che producevano i propri effetti ben oltre il territorio di uno Stato membro finivano per non ricadere sotto la giurisdizione comunitaria, per il semplice motivo che le dimensioni delle imprese non permettevano di soddisfare i requisiti di fatturato richiesti. Ciò ha determinato vistose incongruenze e notevoli difficoltà per le imprese, spesso costrette a notificare una stessa operazione di concentrazione in una molteplicità di giurisdizioni, secondo regole variabili da Stato a Stato. Al fine di superare questi problemi, il regolamento 139/04, pur lasciando invariate le disposizioni inerenti alle soglie di fatturato, punta al rafforzamento del principio dello sportello unico attraverso una razionalizzazione del sistema dei rinvii di cui agli artt. 9 e 22. Il regolamento 139/04 prevede due ordini di procedimenti di rinvio di una concentrazione da Commissione alle Autorità nazionali, e viceversa: - Procedimenti di rinvio prima della notifica (art. 4 reg. 139/04); - Procedimenti di rinvio dopo la notifica (art. 9 e 22 reg.

139/04). L'obiettivo del presente lavoro è quindi di analizzare la materia di ripartizione delle competenze tra Commissione e autorità nazionali con particolare attenzione all'analisi dei risultati conseguiti nei dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore del regolamento 139/2004 e alle proposte contenute nel Libro bianco "verso un controllo più efficace delle concentrazioni UE" pubblicato dalla Commissione Europea in data 9 luglio 2014. Questo, se da un lato, ha riepilogato quali sono state le modalità di applicazione della disciplina nel tempo intercorso, dall'altro, ha delineato e proposto le modalità necessarie per promuovere maggiormente la convergenza e la cooperazione fra gli Stati membri, nonché fra la Commissione e gli Stati membri, formulando proposte di modifica specifiche, volte a rendere più efficaci i controlli sulle concentrazioni a livello dell'UE.

In particolare, ci si propone qui di analizzare le proposte volte a modificare il rinvio prima della notifica, e il rinvio successivo alla notifica regolamentato dall'articolo 22 del regolamento 139/04; si esaminerà, inoltre, il riscontro ottenuto dalla consultazione pubblica indetta dalla Commissione sulle proposte per migliorare il controllo delle concentrazioni a livello europeo contenute nel Libro bianco.

A conclusione di questo lavoro verrà esaminata brevemente la normativa italiana sul controllo delle concentrazioni (per quanto riguarda il dato normativo della disciplina nazionale in materia di concentrazioni occorre avere riguardo alla l. 287/90) che nonostante si ponga in posizione subordinata rispetto a quella comunitaria, assume comunque centrale importanza per il funzionamento del meccanismo, quantomeno a livello nazionale. L'autorità nazionale, infatti, in numerose e rilevanti casistiche, coadiuva la Commissione nella concreta applicazione della normativa antimonopolistica dell'Unione Europea.

CAPITOLO 1

LA DISCIPLINA EUROPEA IN MATERIA DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI TRA IMPRESE

1. Il fenomeno delle concentrazioni tra libertà di iniziativa economica e tutela della concorrenza

Il fenomeno delle concentrazioni tra imprese ha assunto rilevanza sempre maggiore in funzione della progressiva realizzazione del mercato comune¹. Quest'ultimo, la cui creazione era uno degli obiettivi fondamentali dei trattati di Roma che istituirono la CEE, non sarebbe davvero perseguibile se si ammettessero, ad esempio, accordi anti competitivi fra imprese oppure aiuti di Stato ad effetto distorsivo².

Una volta raggiunto l'obiettivo della instaurazione del mercato unico con il conseguente avvio dell'integrazione economico-politica dell'Europa, occorre che a questa siano garantite stabilità e ulteriore sviluppo tutelando la libertà di concorrenza. La concorrenza, infatti, può essere considerata come il motore dello sviluppo economico del mercato; essa stimola il progresso economico e tecnologico a beneficio dei consumatori e delle imprese, lo spirito d'iniziativa e l'innovazione. In ogni ordinamento giuridico, se da un lato si promuove la concorrenza con appositi interventi, dall'altro si prevede una disciplina che può arrivare fino a comminare sanzioni agli operatori che pongono in essere comportamenti suscettibili di provocare effetti distorsivi alla libera concorrenza nel mercato.

Per concentrazione si intende quel fenomeno economico che si realizza quando un'impresa si fonde con un'altra ovvero ne acquisisce il controllo, con la possibilità, dunque, di esercitare un'influenza

¹ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

² M. MONTI, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, in *Regolazione e Concorrenza*, (a cura di) G. TESAURO e M. D'ALBERTI, il Mulino, 2002, p. 75 ss.

determinante sull'attività della stessa. Si ha altresì una concentrazione quando due o più imprese creano un'impresa comune, da entrambe controllata, mettendo insieme le rispettive attività³.

La scomparsa progressiva di tutti gli ostacoli alla libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali, ha comportato un'intensificazione della concorrenza a livello comunitario inducendo le imprese ad accrescere le proprie dimensioni, ad aumentare la produzione, e a ridurre i costi attraverso la realizzazione di economie di scala per meglio fronteggiare le imprese rivali.

Le concentrazioni assumono, allora, rilevanza per il diritto della concorrenza quando il processo di concentrazione riduce il numero di soggetti economici attivi in uno specifico settore creando una situazione che possa distorcere il mercato.

Ciò che può destare preoccupazioni per il funzionamento del mercato e per il suo assetto concorrenziale è infatti la possibilità che un'impresa, concentrandosi con altri operatori prima indipendenti, acquisti un significativo potere di mercato che le consenta, da sola o congiuntamente con altre, di ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, accrescendo la propria capacità di aumentare i prezzi o praticare condizioni svantaggiose per i consumatori.⁴

Si comprende, pertanto, l'avvertita esigenza di operare un bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e la tutela della concorrenza attraverso una valutazione ex ante delle operazioni di concentrazione, al fine di evitare che a queste conseguano modifiche dell'assetto dei mercati in senso anticoncorrenziale⁵.

Le norme dell'Unione sulle concentrazioni hanno, appunto, lo scopo di evitare che le singole operazioni e più ancora i processi di concentrazione tra imprese producano una riduzione sostanziale della

³ Così, per tutti, A. CATRICALA', E. GABRIELLI, *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011.

⁴ Cfr. V. CAROLLO, *Il controllo delle concentrazioni tra imprese nel diritto comunitario*, Palermo, 2009, pag. 1.

⁵ Cfr. G. TESAURO, op. Cit.

concorrenza, attraverso, in particolare, la creazione ovvero il rafforzamento e il consolidamento di una posizione dominante tale da ostacolare la concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso.

Al contrario, il diritto antitrust dell'Unione si disinteressa dell'espansione naturale o interna delle imprese; questa, invero, costituisce un fenomeno fisiologico nell'ambito di un regime di sana concorrenza volto a premiare i beni e/o servizi che maggiormente rispondono alle preferenze e alle esigenze dei consumatori, in termini di qualità e di prezzo. Come detto, infatti, il diritto della concorrenza dell'Unione non vieta di per sé il fatto di acquisire una posizione di dominanza sul mercato, ma soltanto l'abuso di tale dominanza.

Ben diversa è, in questa prospettiva, l'ipotesi della crescita c.d. esterna delle imprese, che si realizza per mezzo di tutte quelle operazioni societarie tra imprese (c.d. concentrazioni), che di fatto o di diritto danno origine ad una modifica duratura del loro controllo e, pertanto, della struttura del mercato. In questo caso, infatti, l'incremento delle dimensioni dell'impresa, non deriva da una politica interna di espansione, ma da un'operazione esterna, ed in genere, mentre un investimento effettuato nel proprio comparto aziendale richiede tempi medio-lunghi per assicurare un congruo rientro economico⁶, l'acquisizione di attività già operative, assicura una più rapida redditività in quanto la concentrazione è in grado di garantire, salvo casi particolarmente negativi, un immediato accrescimento della parte di mercato dell'impresa acquirente⁷.

Ciò grazie al fatto che, in genere, quest' ultima assorbe la quasi totalità della quota che deteneva l'impresa acquisita, riducendo in modo significativo il rischio che la domanda non risponda ai propri investimenti. Oltre alla possibilità di acquisire rapidamente nuove

⁶ Cfr. R. RICCI, F. COLOMBINI, *La finanza delle piccole e medie aziende*, Milano, 1997, pag. 250 ss.

⁷ Per queste considerazioni si rinvia a M. MILANESI, *Antitrust e concentrazioni tra imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1992, pag. 44.

quote di mercato, l'espansione esterna dell'impresa mediante fusioni, acquisizioni e altri processi di concentrazione, consente di ridurre notevolmente i costi.

È intuitivo che, a differenza della crescita naturale di un operatore economico di successo, le concentrazioni tra imprese possono determinare un ostacolo alla concorrenza del mercato interno o in una sua parte sostanziale. Specificatamente, tali concentrazioni possono sia ingenerare situazioni di dominanza o comunque di significativo potere economico che non derivano dal merito, sia aumentare il rischio di effetti di coordinamento tra le imprese rimaste attive nel mercato di riferimento a seguito dell'operazione⁸.

Per le concentrazioni è, in definitiva, richiesta una valutazione di prospettiva economica dell'impatto dell'operazione sul mercato rilevante e sulla posizione del soggetto che ne risulta. Tale valutazione ex ante consiste nel verificare in quali termini un'operazione di concentrazione potrebbe modificare i fattori che determinano lo stato di concorrenza in un determinato mercato, al fine di accertare se ne conseguirebbe un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Nel procedere a tale analisi, in particolare, occorre prendere in considerazione le diverse “concatenazioni-effetto” , al fine di accogliere quelle che risultano essere le più probabili⁹.

⁸ Cfr. B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, Torino, 2014.

⁹ Commissione c. TETRA LAVAL, C-12/03 P, sent 15 febbraio 2005, Racc. P. I-987, punto 43.

2. Il silenzio del Trattato CE e l'interpretazione estensiva della Corte di Giustizia degli artt. 81 e 82.

Il diritto comunitario della concorrenza ha subito, in questi ultimi anni, un importante processo di modernizzazione¹⁰, sia con riferimento all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE¹¹, sia in materia di aiuti di Stato¹², nonché sul piano del controllo delle concentrazioni¹³. Considerando l'evoluzione della disciplina delle concentrazioni tra imprese si ricorda che, a differenza del Trattato CECA¹⁴, che già nel 1952 prevedeva, ai sensi dell'art. 66, un controllo

¹⁰ Si veda in proposito M. MONTI, *Le riforme della politica della concorrenza nel 2002-2003*, discorso tenuto al Comitato Economico e Finanziario del Parlamento Europeo in data 8 luglio 2003.

¹¹ Si veda in proposito il Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 81 e 82, nonché il nuovo Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole della concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in GUCE L. 1 del 4 gennaio 2003.

¹² Nel Consiglio Europeo di Stoccolma del marzo 2001 e nel successivo Consiglio europeo di Barcellona, gli Stati membri hanno preso l'impegno di ridurre il livello di aiuti, espressi in percentuali del PIL, orientando le risorse verso altri obiettivi di interesse comunitario quali il rafforzamento della coesione economica e sociale, l'occupazione, la tutela dell'ambiente, la promozione della ricerca e sviluppo. Il Regolamento (CE) 659/1999 in materia di aiuti di Stato è stato in parte modificato dal nuovo Regolamento (CE) 784/2004 che contiene disposizioni che da un lato garantiscono maggiore trasparenza e certezza giuridica alla procedura in materia di aiuti di stato, dall'altro semplificano l'esame degli aiuti eliminando inutili oneri procedurali.

¹³ Il 20 maggio 2004 è entrato in vigore il nuovo Regolamento (CE) n. 139/04 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese che modifica il precedente Regolamento (CEE) n. 4064/89. Contenuto in GUCE n. L 024 del 29/01/2004 pagg. 0001-0022

¹⁴ Il trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio fu firmato a Parigi il 18 aprile 1951 da Francia, Germania, Italia e dai tre paesi del Benelux (Belgio, Olanda e Lussemburgo) ed entrò in vigore il 25 luglio 1952. All'Art. 66 del Trattato CECA, attualmente non più in vigore, poteva leggersi che: ogni operazione che abbia di per sé stessa come effetto diretto o indiretto... una concentrazione di imprese risulta vietata... qualora risultino soddisfatte due condizioni: la prima è che sia riscontrabile un impatto all'interno del territorio della Comunità, la seconda è che almeno una delle imprese parti operi quale produttore o abituale distributore in tale territorio. La norma del Trattato fornisce, alcuni esempi, peraltro non esaustivi, che integrano un'operazione di concentrazione, si tratta: della fusione, dell'acquisto di azioni e di parti dell'attivo aziendale e (...) di qualunque altro mezzo di controllo dell'impresa... Il Trattato stabiliva inoltre che: tutte le iniziative che hanno per effetto una concentrazione tra imprese (...) sono sottoposte ad autorizzazione preventiva dell'Alta Autorità... La Commissione- Alta Autorità- fruiva, ai fini dell'espletamento delle proprie funzioni, di appositi poteri di indagine e di una potestà decisionale e

delle concentrazioni limitatamente al settore del carbone e dell'acciaio, il Trattato CE, ora Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹⁵, non contiene alcuna disposizione che faccia espresso riferimento alle concentrazioni tra imprese. Infatti, l'articolo 81.1 del CE (attuale art. 101 TFUE), abbraccia tutti gli accordi restrittivi della concorrenza senza distinguere a seconda che essi lascino sussistere l'indipendenza economica e giuridica delle imprese partecipanti oppure conducano alla loro integrazione.

Non è semplice stabilire con esattezza la portata e le ragioni del silenzio normativo che si riscontra nel Trattato. Certo, appare inverosimile attribuirle ad una mera causalità ovvero ad una banale dimenticanza. Che gli autori del Trattato fossero ben coscienti dell'esistenza e della spigolosità della questione relativa al rispetto delle regole antitrust nei rapporti tra concentrazioni e libera concorrenza, lo si evince da svariate fonti testuali.

In primo luogo, dalla stessa comparazione con le disposizioni inserite pochi anni prima nel Trattato CECA. Non è possibile immaginare,

sanzionatoria. In particolare, poteva adottare provvedimenti cautelari e conservativi nell'attesa delle misure finali. Poteva, inoltre, comminare alle imprese ammende e penalità di mora, per obbligarle a compiere determinati atti. Le ammende, di natura amministrativa e pecuniaria, potevano arrivare fino al 15% del valore globale degli attivi acquisiti o raggruppati a seguito della concentrazione. Malgrado il carattere, a norma di legge, preventivo dell'intervento di controllo-che avrebbe dovuto garantire l'adozione della decisione prima dell'effettiva finalizzazione dell'operazione- era anche previsto il potere di ordinare la separazione delle aziende concentratesi ovvero di disporre qualsiasi altra misura atta a ristabilire l'amministrazione indipendente dell'azienda. Infine, l'organismo comunitario poteva prendere i provvedimenti di esecuzione considerati necessari. Nel corso degli anni, le testé sintetizzate disposizioni del Trattato CECA sono state regolarmente applicate. La casistica degli interventi della Commissione ha mostrato un approccio molto aperto. Si riportano essenzialmente autorizzazioni ed esenzioni, mentre non risulta alcuna decisione di diniego.

¹⁵ Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), da ultimo modificato dall'articolo 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, su G.U. n. 185 dell'8-8-2008 - Suppl. Ordinario n. 188, è, accanto al Trattato sull'Unione Europea (TUE), uno dei trattati fondamentali dell'Unione europea (UE). Assieme costituiscono le basi fondamentali del diritto primario nel sistema politico dell'UE; secondo l'articolo 1 del TFUE, i due trattati hanno pari valore giuridico e vengono definiti nel loro insieme come "i trattati". Saltuariamente vengono pertanto anche indicati come "diritto costituzionale europeo", tuttavia formalmente sono trattati internazionali tra gli Stati membri dell'UE.

infatti, che le medesime parti contraenti avessero focalizzato e specificamente disciplinato un istituto, per poi ignorarlo in un atto di analoga, se non più incisiva, portata del precedente.¹⁶

Ciò premesso, è chiaro che i redattori del Trattato abbiano in piena consapevolezza deciso di non evocare esplicitamente le concentrazioni nell'ambito delle norme a tutela della libera concorrenza. Le ragioni dell'assenza, nel testo, di una espressa disciplina sulle concentrazioni, devono ricercarsi innanzitutto nella realtà concreta dei mercati dell'Europa Occidentale all'epoca della firma del Trattato che era ben diversa da quella odierna: il quasi inesistente grado di concentrazione delle imprese era visto non come un bene, ma piuttosto come un problema da risolvere per fronteggiare la concorrenza delle grosse imprese multinazionali giapponesi e americane. A ciò si aggiunga che lo spirito del Trattato voleva essere quello di creare una reale integrazione all'interno del neonato mercato comune.

Queste motivazioni, oltre al fatto che nessuno degli Stati membri contemplava al suo interno una disciplina sul controllo delle concentrazioni, spiegano le ragioni che hanno spinto i redattori del Trattato a considerare superfluo qualsiasi riferimento al problema delle concentrazioni, dedicando, al contrario, ampio spazio al fenomeno delle intese e all'abuso di posizione dominante.

Se il settore carbosiderurgico appariva, già negli anni cinquanta, fortemente concentrato e sostanzialmente controllato da poche imprese, tutte di notevole dimensione, gli altri settori sottoposti al TCE erano caratterizzati fondamentalmente da aziende piccole e medie non di rado immature per il più vasto mercato comunitario e, di conseguenza, le concentrazioni tra imprese venivano addirittura

¹⁶ Per queste considerazioni, B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI op. Cit.

favorite allo scopo di creare organizzazioni di dimensioni adatte al contesto Europeo ¹⁷.

Una vigilanza, organizzata da specifiche regole, era quindi di ben maggiore attualità nella CECA rispetto alla CEE ed il Trattato pare, dunque, aver operato di conseguenza.

Dagli anni sessanta il grado di concentrazione dei mercati europei ha iniziato ad aumentare rapidamente. La mancanza di una previsione esplicita costituiva una carenza del sistema comunitario di tutela della concorrenza, capace di compromettere gli obiettivi fondamentali del diritto comunitario. Com'è logico immaginarsi, trent'anni di vuoto normativo hanno concesso spazio ad un ampio dibattito tra le istituzioni sulla possibilità di applicare ora l'articolo 81 (con riferimento agli accordi tra imprese), ora l'articolo 82 (con riferimento allo sfruttamento abusivo della posizione dominante da parte di una o più imprese sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso), al fenomeno delle operazioni concentrative tra imprese¹⁸.

Nel 1957, durante la redazione del Trattato di Roma, si discusse dell'opportunità di prevedere un simile controllo anche se la relativa disciplina non fu poi inclusa nel testo finale del Trattato.

Fu poi la stessa Commissione ad emanare un primo memorandum a tale riguardo¹⁹, in cui venivano illustrate le linee guida e un'interessante prima definizione di ciò che essa considerava un'operazione di concentrazione. Si tratta di un documento nel quale la Commissione manifestava un notevole *favor* nei confronti delle operazioni di concentrazione, affermando di conseguenza la

¹⁷ Cfr. B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI op. Cit.

¹⁸ Cfr. G. TESAURO, op. Cit.

¹⁹ Memorandum of the Commission to the Governments of the Member State, Concentration of Enterprises in the Common Market, EEC Competition Series, Study No. 3, Brussels, 1996. Nel Memorandum, in particolare, si affermava che "... le più importanti forme di concentrazione tra imprese sono: la partecipazione di società in altre società, l'acquisto totale o parziale dell'attivo di altre imprese e la fusione di due o più società giuridicamente indipendenti in una società nuova. In genere, il processo di concentrazione si presenta sotto forma di acquisto di proprietà o, per esempio, in caso di fusione, sotto forma di modificazione dei rapporti di proprietà delle imprese".

sostanziale inapplicabilità dell'art. 81 (ora 101 TFUE) a tali operazioni, poiché, si tratterebbe di fattispecie meritevoli di una diversa considerazione rispetto alle intese, in quanto, se da un lato queste ultime sono quasi sempre contrarie all'interesse generale, le prime, invece, sarebbero vietate solo eccezionalmente, “quando, nei singoli casi, esse superano i limiti tollerabili della potenza economica”²⁰.

Tuttavia, anche in assenza di una specifica disciplina, trascorso un primo periodo di “modernizzazione” del mercato europeo nel senso sopra esposto, le istituzioni comunitarie, consapevoli dell'elevato rischio prodotto dall'eccessiva concentrazione di imprese che si stava via via realizzando, iniziarono a sottoporre a controllo le concentrazioni adottando quale base giuridica, prima l'art. 82 TCE, ed in un secondo tempo l'art. 81 TCE.

In merito al controllo effettuato ex art. 82 TCE, occorre avere riguardo ad una sentenza che può essere definita “storica”; trattasi della Sentenza della Corte di Giustizia del 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can c. Commissione*²¹. Con riferimento all'acquisizione da parte della Società americana *Continental Can* di cospicue quote di mercato nel settore degli imballaggi, la Commissione aveva affermato che la presa di controllo, da parte di una società già in posizione dominante all'interno di uno specifico mercato, su un'altra impresa del settore, avrebbe costituito di per sé un abuso di posizione dominante nella misura in cui avrebbe eliminato o ridotto drasticamente la concorrenza, attuale o potenziale, in quel determinato settore. La Commissione richiamava l'attenzione delle imprese interessate sulla compatibilità dell'operazione con l'art. 82 TCE ed avviava d'ufficio un procedimento amministrativo ai sensi

²⁰ *Ibidem*

²¹ Decisione *Continental Can*, in GUCE n. L 7 dell'8 gennaio 1972, pagg. 25 e ss. Il caso ebbe una moltitudine di commenti: per tutti si veda F.C. JEANTET, *Lumière sur la notion d'exploitation abusive de position dominante*, in JCP, 1973.

dell'art. 3 del regolamento 17/1962 in base al quale accertava poi, l'abuso di una posizione dominante in capo alle società coinvolte nell'operazione.

La decisione era, in seguito, oggetto di ricorso innanzi alla Corte di Giustizia della Comunità Europea che la annullava per carenza di adeguata analisi economica sull'accertamento della posizione dominante.

Tale sentenza, se da una parte produceva l'effetto pratico di annullare la precedente decisione della Commissione, accogliendo, fra l'altro, gli orientamenti già espressi dalla stessa Commissione con il già citato *Memorandum* del '66, dall'altra parte confermava, tramite talune affermazioni, le ragioni poste alla base della precedente decisione assunta dall'organo esecutivo, vale a dire l'applicabilità dell'art. 82 TCE alle operazioni di concentrazione²².

Un'altra tappa importante per l'evoluzione della politica della concorrenza è rappresentata senza dubbio dal caso *Philip Morris*²³.

Si tratta del primo caso in cui si riscontri un distacco dalle posizioni espresse dalla Commissione nel *Memorandum*, oltre che un palese tentativo della Corte di Giustizia di applicare l'articolo 81 ad un'operazione di concentrazione.

I fatti sono relativamente semplici e si possono riassumere nell'acquisto da parte dell'americana *Philip Morris Inc.* del 50% della *holding* sudafricana *Rembrandt Group Ltd.* A seguito di tale cessione, alcune imprese concorrenti operanti nel settore del tabacco proposero reclamo alla Commissione affermando che una tale operazione avrebbe prodotto effetti negativi sulla concorrenza nel settore. La Commissione, condividendo almeno in parte le rimostranze manifestate dai concorrenti, notificò una serie di addebiti

²² Per una più approfondita analisi della cd. giurisprudenza *Continental*, cfr. B. NASCIMBENE, M. CONDINANZI, *Giurisprudenza di diritto comunitario. Casi scelti*, Milano, 2007

²³ C. Giustizia, 17 novembre 1987, *British America Tabacco Company LTD e R. J. Reynolds Industries c. Commissione CE*.

alla *Philip Morris* che, al fine di adeguarsi a quanto evidenziato dalla Commissione, modificò gli accordi sino a renderli compatibili con le esigenze del mercato regolamentato. In seguito, poi, i nuovi accordi furono approvati dalla Commissione stessa ed a nulla valse, per le imprese concorrenti, il successivo intervento della Corte di Giustizia che sancì definitivamente la liceità degli accordi intercorsi con l'esclusione del verificarsi di condotte anticoncorrenziali. Seppur con la realizzazione di un risultato negativo per i concorrenti/ricorrenti che avevano portato il caso all'attenzione della Corte, anche tale sentenza deve ritenersi un importante punto fermo nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di concentrazioni. La Corte, infatti, nonostante abbia in concreto escluso la produzione di effetti anticoncorrenziali, non mancò di precisare che una tale fattispecie sarebbe stata comunque idonea in astratto, ed in presenza di particolari circostanze, a produrre effetti distorsivi nel sistema della concorrenza ai sensi dell'art. 81 TCE.²⁴

Malgrado la sua indubbia natura di riferimento per il diritto comunitario della concorrenza, la giurisprudenza *Philip Morris* e *Continental Can* non apparve da sola in grado di assicurare un efficace controllo sulle concentrazioni tra imprese.

La ragione più evidente risiedeva nel fatto che dall'applicazione degli artt. 81 e 82 restavano comunque escluse tutte quelle ipotesi in cui le imprese non si trovassero già in una posizione di dominanza e inoltre, sul piano procedurale, l'articolo 82 e il regolamento 17/62 non permettevano di realizzare un controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, non potendo la Commissione che intervenire a posteriori: ciò limitava considerevolmente l'efficacia della sua azione. Quindi, la necessità di ovviare a tali lacune fu uno dei motivi principali che spinsero la Commissione, già immediatamente dopo la sentenza *Continental Can*, a presentare al Consiglio una prima proposta di

²⁴Si veda, in proposito, G.M. PESCE, G. ADAMO, *Concentrazioni: prassi applicative e giurisprudenza*, in Diritto.it, 2011.

adozione di un regolamento *ad hoc* per il controllo preventivo delle concentrazioni²⁵.

Per quanto riguarda le ragioni dell'intervento, l'incertezza del diritto e l'atteggiamento aggressivo di Corte di Giustizia e Commissione Europea nell'affrontare le sempre più numerose operazioni di concentrazione, furono i fattori determinanti che convinsero gli Stati membri ad adottare un provvedimento normativo capace di fornire uno strumento adeguato per svolgere un'efficace opera di controllo preventivo, e che fosse certo dal punto di vista interpretativo sia per le autorità preposte che per le imprese partecipanti al mercato²⁶.

²⁵ In GUCE n. C 92 del 31.10.1973, 1.

²⁶ Interessanti, al riguardo, le dichiarazioni del Comitato Economico e Sociale in seguito ad una modifica della proposta di Regolamento sulle concentrazioni: "in questi ultimi anni l'esigenza di un controllo europeo sulle concentrazioni si è fatta ancor più acuta. Al riguardo assumono rilevanza non solo il fatto che gli Stati Uniti e anche il Giappone abbiano da tempo adeguato la loro politica di concorrenza ai mercati stranieri e agli stessi mercati mondiali, ma anche la necessità, creata dall'interdipendenza che nel frattempo si è venuta instaurando tra le economie dei vari paesi, di tener conto, nella valutazione delle operazioni di concentrazione di imprese, almeno della diminuzione europea dei mercati (...); la realizzazione del mercato comune comporterà necessariamente modifiche strutturali di rilievo nella Comunità. Al riguardo le concentrazioni di imprese rappresentano uno dei sistemi più spediti per adeguare l'economia europea e consolidare le forze di mercato".

3. L'adozione del regolamento n. 4064/1989

Dopo un'analisi perdurante fino al 1973, e piegando le resistenze di alcuni governi nazionali preoccupati dalla prospettiva di essere privati di un fondamentale strumento di politica industriale a favore della Commissione Europea²⁷, si giunse quindi all'approvazione del tanto auspicato Regolamento 4064/89: una normativa nata con la precisa *ratio* di promuovere l'efficienza del Mercato Comune attraverso la restrizione delle concentrazioni anti competitive.

Il suddetto regolamento rappresenta ancora oggi (pur non essendo più in vigore) un punto di riferimento per meglio capire sia le novità in ambito comunitario che quelle a livello nazionale; esso, infatti, costituisce il fondamento giuridico su cui si basa la nuova disciplina del controllo delle concentrazioni e merita quindi analizzare alcune sue disposizioni e caratteri salienti.

Per quanto concerne la definizione di concentrazione, il legislatore comunitario si è limitato a descrivere in che modo essa possa essere realizzata, precisando che è conveniente definire la nozione di concentrazione in modo da coprire le operazioni che producono una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e, pertanto, nella struttura del mercato.

In tale ottica è stabilito che si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito di tre diverse fattispecie in grado di realizzare una concentrazione tra imprese: la fusione (di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di più imprese)²⁸; l'acquisizione del controllo su un'impresa o su parti di essa (in particolare dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo

²⁷ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il progetto di Regolamento (CEE) sul controllo delle concentrazioni*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1989, pag. 114.

²⁸ Art. 3, par. 1 lett. a) del regolamento.

diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più imprese);²⁹ la costituzione di un'impresa comune (sono incluse nel campo di applicazione dell'articolo, tutte le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma)³⁰.

Per quanto riguarda il campo di applicazione, non tutte le concentrazioni poste in essere nel mercato comune sono state assoggettate al controllo del regolamento comunitario.

In teoria, in rispetto al principio di sussidiarietà³¹, la ripartizione dei casi tra Commissione e Stati membri sarebbe dovuta avvenire sulla base degli effetti dell'operazione: in presenza di effetti transfrontalieri, la competenza sarebbe dovuta essere comunitaria, mentre in assenza di tali effetti, quando cioè l'impatto della concentrazione fosse stata principalmente nazionale o locale, avrebbe dovuto prevalere l'applicazione del diritto interno degli Stati membri, di competenza delle autorità nazionali di concorrenza.³²

Tuttavia, il Regolamento 4064/89 optava per un sistema basato su precise ed elevate soglie di fatturato³³ piuttosto che sugli effetti della concentrazione. Il regolamento si applicava alle concentrazioni caratterizzate da una "dimensione comunitaria" e i criteri per determinare la dimensione comunitaria erano legati al fatturato delle imprese interessate all'operazione. Ai sensi dell'art. 1, n. 2 del regolamento³⁴, una concentrazione era di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme

²⁹ Art. 3, par. 1 lett. b) del regolamento.

³⁰ Art. 3, par 4 del regolamento.

³¹ In particolare all'art. 5 del Trattato CE si legge: "... la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo della dimensione o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.".

³² M. MEROLA, L. ARMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in Dir. Un. Eur., 2004, pag. 137 ss.

³³ Tale sistema, come poi modificato con il Regolamento 1310/1997, permane invariato nell'attuale disciplina, per cui si veda *infra*, par. IV, Cap. I

³⁴ Come modificato dal Regolamento 1310/1997.

delle imprese interessate fosse stato superiore a 5 miliardi di (ECU) Euro e b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate fosse stato superiore a 250 milioni di Euro, salvo che ciascuna delle imprese interessate avesse realizzato oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

L'art. 1, n. 3, del regolamento considerava di dimensione comunitaria un'operazione di concentrazione qualora, pur non essendo state raggiunte le suddette soglie: - il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate fosse stato superiore a 2,5 miliardi di euro; - in ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate fosse stato superiore a 100 milioni di euro; - in ciascuno degli stessi tre Stati membri, il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate fosse stato superiore a 25 milioni di euro; - il fatturato totale realizzato individualmente nell'Unione da almeno due delle imprese interessate fosse stato superiore a 100 milioni di euro.

Anche rispetto a queste soglie, tuttavia, non era raggiunta la dimensione comunitaria quando i due terzi del fatturato totale di ciascuna impresa nell'Unione fossero stati realizzati all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Ai fini del calcolo del fatturato si teneva conto, in via di principio, dei ricavi delle imprese coinvolte nell'ultimo esercizio, al netto degli oneri tributari. Nondimeno, tali soglie si applicavano soltanto laddove non fossero state raggiunte quelle previste dall'art. 1, n. 2, del regolamento. Per talune ipotesi specifiche, poi, l'art. 5 del regolamento fissava criteri diversi, ad esempio per gli istituti di credito e per le imprese di assicurazione.

Sin dall'adozione del Regolamento 4064/89, le soglie scelte apparvero inadeguate a comprendere tutte le operazioni con effetti transfrontalieri, e già nella relazione sul regolamento originario la Commissione aveva dichiarato che le soglie sarebbero dovute essere

ridotte al più presto. Infatti, in base al Regolamento 4064/89, molte operazioni suscettibili di produrre effetti ben oltre il territorio di uno Stato membro, non ricadevano sotto la giurisdizione comunitaria per il semplice motivo che le dimensioni delle imprese non permettevano di soddisfare i requisiti di fatturato enunciati. Tali operazioni, di conseguenza, dovevano essere notificate in una molteplicità di giurisdizioni, secondo regole e criteri differenti da Stato a Stato, con il risultato di sottoporre le imprese ad un considerevole carico amministrativo e a importanti costi aggiuntivi.

Le soglie originariamente predisposte dal Regolamento 4064/89, sono state ampliate con l'adozione del Regolamento 1310/1997, che ha fatto ricadere nella dimensione comunitaria anche operazioni tra imprese con fatturati più modesti, ma il cui impatto si rifletteva su una pluralità di Stati membri. Va rilevato che l'abbassamento delle soglie di fatturato apportato dal Regolamento 1310/1997, non ha prodotto gli esiti sperati ed il regolamento è rimasto sul punto inadeguato come confermano anche i dati statistici.³⁵ Preso atto di ciò, la Commissione ha individuato le notifiche multiple come problema cruciale per migliorare il sistema di controllo delle concentrazioni³⁶.

Il meccanismo di controllo inaugurato dal Regolamento del 1989 si fondava su di un'analisi preventiva, condotta dalla Commissione, in ordine alle conseguenze che una concentrazione poteva produrre sul mercato di appartenenza.

Uno dei principi fondamentali della disciplina era quello della competenza esclusiva della Commissione in materia di concentrazioni di dimensione comunitaria. Detta esclusività, da un lato, assicurava i vantaggi derivanti dal c.d. sportello unico, comunemente ritenuto un

³⁵ Nel 2000 solo 20 operazioni sono state notificate sulla base dell'art.1 par. 3 del regolamento, a fronte di 214 notifiche multiple, di cui oltre 75 in oltre tre giurisdizioni (Cfr. Libro Verde, nota 6).

³⁶ Libro Verde sulla riforma del regolamento 4064/89, presentato dalla Commissione l'11 dicembre 2001.

fattore essenziale per mantenere a livelli ragionevoli gli oneri normativi delle operazioni transfrontaliere. Dall'altro, mirava a garantire che tutte le concentrazioni destinate ad avere un forte impatto transfrontaliero siano disciplinate da regole uniformi³⁷.

Il principio di sussidiarietà trovava comunque piena applicazione in tale contesto, atteso che la competenza della Commissione, basata su un criterio quantitativo legato al fatturato, era integrata dai c.d. "meccanismi correttivi" volti a ripartire le competenze tra l'istituzione europea e le autorità nazionali. Si fa riferimento agli strumenti di coordinamento tra Commissione ed Autorità Nazionali ed in particolare al meccanismo dei rinvii³⁸.

Per quanto riguarda le modalità di notificazione, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento 4064/89, tutte le operazioni di concentrazione aventi una dimensione comunitaria (in base alle soglie di fatturato sopra menzionate) dovevano essere notificate alla Commissione "... entro una settimana dalla conclusione dell'accordo o dalla pubblicazione dell'offerta di acquisto o di scambio o dall'acquisizione di una partecipazione di controllo." La rubrica dell'art. 4 in esame si intitolava: "Notificazione preventiva delle operazioni di concentrazione." In realtà, la notifica dell'operazione non doveva essere effettuata prima della sua conclusione, ma entro una settimana dall'atto che la poneva in essere, pena il pagamento di un'ammenda.³⁹ I soggetti tenuti alla notifica della concentrazione erano quelli che avevano acquistato, individualmente o congiuntamente, il controllo di una o più imprese o di alcune sue porzioni. Ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 4 " la Commissione quando constata che un'operazione notificata rientra nel regolamento, pubblica l'avvenuta notificazione..." al fine di consentire a terzi interessati di presentare le loro osservazioni

³⁷ Così, A. CATRICALA', E. GABRIELLI, op. cit.

³⁸ Per cui si veda, approfonditamente, *infra*, Cap. II.

³⁹ L'ammenda è disposta dall'art. 14, par.1 lett. a) del regolamento 4064/89 e può variare da 1.000 a 50.000 euro.

sulla concentrazione proposta⁴⁰, salve le cautele affinché non vengano divulgati i segreti relativi agli affari delle imprese coinvolte.

L'attività della Commissione si svolgeva, e si svolge tuttora, in perenne collegamento con le Autorità degli Stati membri fin dal momento della notifica della concentrazione, che viene loro tempestivamente trasmessa.

Con riguardo alla procedura di controllo, la Commissione, una volta ricevuta la notifica dell'operazione di concentrazione, doveva procedere al suo esame.

Questo si articolava in due fasi, di cui la seconda era meramente eventuale. La prima fase, era diretta ad accertare se l'operazione rientrasse o meno nel campo di applicazione del regolamento e se fosse il caso di aprire formalmente una procedura di verifica della compatibilità dell'operazione con il mercato comune. Al termine della prima fase, che doveva concludersi entro un mese dalla notifica, la Commissione poteva dichiarare: che l'operazione notificata non rientrava nel campo di applicazione del regolamento⁴¹; che l'operazione non suscitava seri dubbi di compatibilità con il mercato comune⁴²; che l'operazione suscitava seri dubbi di compatibilità con il mercato comune⁴³. La valutazione della Commissione doveva essere effettuata, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento, per stabilire se le operazioni di concentrazione fossero compatibili o meno con il mercato comune⁴⁴. In tale valutazione la Commissione doveva tenere conto della necessità di preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune alla luce, segnatamente, della struttura di tutti i mercati interessati e della concorrenza effettiva o potenziale di

⁴⁰ All'atto della pubblicazione devono essere precisati: i nomi delle imprese interessate, il tipo di operazione concentrativa in causa e i settori economici sui quali incide.

⁴¹ Art. 6, par. 1, lett. a) del regolamento.

⁴² Art. 6, par. 1, lett. b) del regolamento.

⁴³ Art. 6, par. 1, lett. c) del regolamento.

⁴⁴ Cfr. G.M. PESCE, G. ADAMO, op. cit.

imprese situate all'interno o esterno della Comunità; essa doveva inoltre tenere conto della posizione sul mercato delle imprese partecipanti, del loro potere economico e finanziario, delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento, dall'esistenza di diritto o di fatto di ostacoli all'entrata, dell'andamento dell'offerta e della domanda dei prodotti e dei servizi in questione, degli interessi dei consumatori intermedi e finali nonché dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento della concorrenza.⁴⁵

Nei primi due casi, l'operazione di concentrazione poteva realizzarsi; nell'ultimo caso, invece, aveva luogo la seconda fase del procedimento in cui si doveva verificare se l'operazione comportasse o meno la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

La seconda fase poteva avere un duplice esito: se l'indagine di mercato avesse dimostrato che l'operazione non era suscettibile di creare o rafforzare una posizione dominante, oppure se le imprese interessate si fossero impegnate a modificare l'operazione, la Commissione autorizzava l'operazione, condizionando, in questo secondo caso, l'autorizzazione al rispetto di condizioni ed oneri delle parti. In caso contrario, la Commissione avrebbe adottato una decisione di incompatibilità dell'operazione con il mercato comune. In definitiva era previsto che le decisioni definitive dovessero essere perse dalla Commissione nel termine massimo di quattro mesi a decorrere dall'avvio della procedura.

Nel caso in cui, invece, la concentrazione fosse già stata realizzata, l'art. 7 par. 5 del Regolamento attribuiva alla Commissione il potere di ordinare il ripristino dello status quo ante, con la restituzione degli elementi patrimoniali eventualmente acquistati o incorporati, ovvero la

⁴⁵ Cfr. A. CATRICALA', E. GABRIELLI, op. cit.

cessazione del controllo comune, nonché ogni altra misura idonea a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva.⁴⁶

Una procedura semplificata di esame era prevista per determinate categorie di concentrazioni che, sulla base dell'esperienza acquisita dalla Commissione, non davano luogo, se non in casi eccezionali, a combinazioni di mercato incompatibili con il mercato comune. In questi casi, ferma restando la facoltà della Commissione, qualora lo ritenesse opportuno, di avviare un'indagine, la concentrazione veniva dichiarata compatibile con il mercato comune entro un mese dalla data di notifica con una decisione in forma abbreviata, che si limitava ad indicare che la concentrazione rientrava in una o più categorie previste nella comunicazione della Commissione in GUCE del 29 luglio 2000.⁴⁷

Per quanto concerne i poteri di indagine della Commissione, quest'ultima poteva, come recitava l'art 11, per l'assolvimento dei compiti affidatili, raccogliere tutte le informazioni necessarie presso i governi e le autorità competenti degli Stati membri.

Per quanto riguarda, invece, i poteri di ispezione, l'art. 12 prevedeva che, su domanda della Commissione, le autorità competenti degli Stati membri dovessero procedere agli accertamenti ritenuti opportuni dalla Commissione, a norma dell'art. 13.

Infine, per quanto riguarda il potere sanzionatorio, erano previste due tipologie di sanzioni che la Commissione poteva comminare: le ammende (art. 14) e le penalità di mora (art. 15).⁴⁸

⁴⁶ Cfr. G. TESAURO, op. Cit.

⁴⁷ Cfr. M. MILANESI, op. Cit.

⁴⁸ Si veda, A. ANTONUCCI, la disciplina comunitaria delle concentrazioni tra imprese, 1998, p. 413.

4. Le modifiche apportate mediante il regolamento 139/2004

Nonostante l'applicazione del Regolamento 4064/89 potesse essere considerata in modo complessivamente soddisfacente, non mancavano carenze e imperfezioni che si sono manifestate nel corso degli anni e che sono evidenziate nel Libro Verde sulla revisione del Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, risalente al dicembre 2001. Il menzionato Libro Verde ha dato inizio alla più imponente stagione di riforme dall'adozione del Regolamento 4064/89.

Più di 120 commenti sono giunti alla sezione preposta alle fusioni della Commissione; alcuni commenti si sono focalizzati sulle proposte di modifica, altri hanno suggerito temi ulteriori di riforma, altri ancora hanno preso spunto dal Libro Verde per svolgere riflessioni sull'esperienza degli ultimi anni e sulle prospettive di possibile evoluzione normativa.⁴⁹

Il Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea ha adottato il nuovo Regolamento comunitario sulle concentrazioni tra imprese il 20 gennaio 2004⁵⁰. Esso è divenuto applicabile a partire dal 1 maggio dello stesso anno andando così a sostituire il precedente Regolamento CEE n. 4064/89.

La necessità di procedere ad una diversa impostazione del controllo sulle concentrazioni è esplicitata nei primi considerando del Regolamento, nei quali si prende atto del completamento del mercato interno e dell'Unione economica e monetaria e dell'allargamento dell'Unione europea che, anche grazie alla riduzione di ostacoli internazionali al commercio e agli investimenti, potrebbero comportare una serie di trasformazioni delle imprese che “ devono essere trattate positivamente nella misura in cui corrispondono alle esigenze di una concorrenza dinamica e possono aumentare la competitività

⁴⁹ Si fa riferimento ai commenti pervenuti alla Commissione, vedi Green Paper on the review of Council Regulation (EEC) n. 4064/89 (merger review) - Summary of the replies received-

⁵⁰ Regolamento n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, in GUCE n. L 024 del 29/01/2004.

dell'industria europea, migliorare le condizioni della crescita ed elevare il tenore di vita nella Comunità”⁵¹.

Al nuovo Regolamento comunitario sulle concentrazioni tra imprese si affianca la Comunicazione adottata dalla Commissione nel dicembre 2003⁵² sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali, in cui vengono per la prima volta esplicitati e chiariti i criteri fondamentali utilizzati dalla Commissione stessa ai fini dell'analisi e della valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria.

Il nuovo regime comunitario di controllo delle concentrazioni è stato integrato, inoltre, da un nuovo Regolamento di attuazione⁵³, una nuova versione del formulario per la notifica delle concentrazioni (Formulario CO)⁵⁴ e due nuovi formulari, concernenti rispettivamente la notifica in forma abbreviata delle operazioni di concentrazione di dimensioni comunitaria (Formulario breve CO) e le richieste motivate di rinvio che, ai sensi del Regolamento n. 139/04, le imprese potranno effettuare in sede di pre-notifica (Formulario RS).

Si tratta di una riforma ambiziosa che interviene in maniera incisiva su alcuni aspetti del previgente sistema di controllo delle concentrazioni, pur lasciando nel complesso inalterata l'architettura del medesimo e i suoi principi fondanti, su tutti lo “sportello unico” (o *one stop shop*) e l'obiettivo della celerità dei procedimenti.

Per quanto riguarda le modifiche apportate e le principali novità del nuovo Regolamento sulle concentrazioni, esso ha riformato il quadro normativo di riferimento, rafforzando il principio dello sportello unico e nel contempo incoraggiando effettivamente la partecipazione delle

⁵¹ Considerando degli artt. 3 e 4, Reg. N. 139/2004. Per una ricostruzione approfondita si veda A. CATRICALA', E. GABRIELLI, op. cit.

⁵² Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE n. C 31 del 5/02/2004.

⁵³ Regolamento CE n. 802/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 di esecuzione del Regolamento CE n. 139/2004, in GUUE n. L 133 del 30/04/2004.

⁵⁴ Il formulario CO così come il Formulario breve CO e il Formulario RS, è allegato al Regolamento n.802/2004.

autorità nazionali di concorrenza, con l'aggiunta di una semplificazione della procedura di notifica. La novella in esame ha comportato in particolare: una sensibile precisazione del criterio sostanziale per l'analisi delle concentrazioni; la razionalizzazione dei termini di notifica, introducendo la possibilità di notificare un'operazione prima che questa formi oggetto di un accordo vincolante tra le parti, abolendo, quindi, l'obbligo di notifica entro la settimana in cui tale accordo vincolante è stato concluso; la semplificazione del sistema di rinvio della Commissione alle autorità nazionali o viceversa; il rafforzamento dei poteri di indagine della Commissione per consentire a quest'ultima di raccogliere più agevolmente le informazioni di cui necessita per infliggere sanzioni più severe alle aziende che la ostacolano nei suoi compiti; l'attribuzione alla Commissione del potere di adottare decisioni sanzionatorie per ricostruire una concorrenza effettiva, e del potere di ordinare la "dissoluzione" della neonata concentrazione⁵⁵.

Il regolamento definisce l'operazione di concentrazione sottoposta alla sua disciplina; si tratta in particolare dell'art. 3 del regolamento 139/2004 che nulla innova rispetto all'89.

Ugualmente invariati sono rimasti i criteri riferiti alle soglie di fatturato e diretti ad individuare le operazioni di "dimensione comunitaria", nonostante le lacune evidenziate e i tentativi di proposta volti a rideterminare la competenza comunitaria sulla base degli effetti transfrontalieri della concentrazione⁵⁶.

⁵⁵Per una approfondita analisi delle modifiche apportate dal Regolamento del 2004, si veda M. MEROLA, L. ARMATI op. Cit., pag. 137 ss.

⁵⁶ Nel Libro Verde, la Commissione, pur mantenendo ferme le soglie di cui all'art. 1 par. 2, suggeriva di conferire automaticamente dimensione comunitaria alle concentrazioni da notificare a norma delle legislazioni di tre o più Stati membri (regola c.d. del 3+). Sebbene questo criterio presentasse l'evidente vantaggio di limitare le notifiche multiple ed apparisse ad una prima analisi di facile applicazione, esso non ha ottenuto il favore unanime degli esperti intervenuti nella consultazione. È stato infatti evidenziato come, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario delle legislazioni nazionali sul controllo delle concentrazioni, il sistema

Sostanzialmente immutato è rimasto anche lo schema del procedimento di controllo davanti alla Commissione, eccezion fatta per i termini entro i quali la stessa deve procedere all'esame delle operazioni. Al fine di accrescere il livello di trasparenza, infatti, il nuovo Regolamento riduce i termini di esame, svincolandoli dalla durata dei mesi: ai sensi del nuovo art. 10, in particolare, il termine in fase I passa da un mese a 25 giorni lavorativi, mentre in fase II la Commissione dispone ora di 90 giorni lavorativi anziché di 4 mesi.

Le operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria vanno obbligatoriamente notificate alla Commissione.

La notifica ha effetti sospensivi e l'operazione non può comunque essere realizzata fino a quando non intervenga una decisione positiva di compatibilità o non siano decorsi i termini per adottarla (art.7).

Più nello specifico, per quanto concerne le modalità di notificazione, viene rafforzata, appunto, la cooperazione e il coordinamento internazionale tra autorità della concorrenza nazionali. Sono ora resi più duttili certi meccanismi modificando in modo significativo i tempi e soprattutto le caratteristiche necessarie perché si debba procedere ad una notificazione.

In particolare, queste ultime previsioni sembrano maggiormente venire incontro alle esigenze delle imprese; innanzitutto, viene abolito, per la notifica, il termine di una settimana dalla conclusione dell'accordo, previsto dall'art. 4. Par 1, del Regolamento 4064/89, e ciò garantisce, di conseguenza, il carattere preventivo del controllo.

Si fa riferimento alla possibilità di notificare la concentrazione anche prima della conclusione di un accordo vincolante.

È ora possibile, infatti, notificare progetti di concentrazione, non solo in esito alla conclusione dell'accordo (art. 4) ma anche quando le imprese riescono a dimostrare che in buona fede hanno intenzione di concludere un accordo (preliminare) e dimostrino che il loro piano per

del 3+ avrebbe nuociuto alla certezza del diritto comunitario. Per queste considerazioni, M. MEROLA, G. ARMATI, op. cit., pag. 137 ss.

la concentrazione sia sufficientemente concreto o, in caso di offerta pubblica, quando hanno intenzione di procedervi⁵⁷.

Dubbi certo permangono sull'esatta individuazione del termine "intenzione di buona fede", ma sembrerebbe che questo debba intendersi valutando lo stato di avanzamento del processo di concentrazione fino ad allora effettuato. Lo stato di avanzamento dei lavori può infatti essere considerato un buon parametro di partenza per poter considerare effettiva l'intenzione di giungere ad una concentrazione.

Nella maggior parte dei casi, peraltro, la notifica è preceduta da un incontro con la Commissione, che ha lo scopo di informare quest'ultima dei negoziati in corso, di individuare gli elementi di conoscenza necessari per un corretto controllo e di avere un primo scambio di idee sulle questioni più rilevanti poste dall'operazione.⁵⁸

In ogni caso, il termine di 25 giorni lavorativi per la conclusione della "prima fase" della procedura decorre dal momento della notifica. In tale periodo, la Commissione può chiedere informazioni, oltre che alle parti, alle imprese concorrenti, ai consumatori e ad altri terzi interessati.⁵⁹

Nelle intenzioni della Commissione, la riforma dei poteri d'indagine e repressivi nel quadro del controllo delle concentrazioni avrebbe dovuto mantenere, nei limiti del possibile, il parallelismo con le disposizioni della nuova normativa antitrust.⁶⁰ Nell'ambito della consultazione pubblica seguita al Libro verde fu però quasi unanimemente respinta questa impostazione, ritenendo assolutamente sproporzionato conferire alla Commissione poteri troppo invasivi in una procedura

⁵⁷ Art. 4, par. 1, Reg. N. 139/2004.

⁵⁸ Cfr. P. AMICO, la riforma del controllo comunitario delle concentrazioni, in *Le società*, 2004, pag. 368 ss.

⁵⁹ Si veda, P. CASSANIS, P. SABA, La riforma comunitaria sul controllo delle concentrazioni, 2004, pag. 405 ss.

⁶⁰ Cfr. P. AMICO, op. Cit.

caratterizzata dal controllo preventivo e fondata sul principio della leale collaborazione tra imprese notificanti ed amministrazione controllante. Le modifiche effettivamente introdotte sono quindi meno ambiziose: le disposizioni "gemelle" rispetto alle regole antitrust sono poche e riguardano aspetti minori del potere di ispezione previsto dall'articolo 13, mentre non è contemplata la possibilità di effettuare accertamenti presso le abitazioni private né di svolgere indagini di settore. Così, le disposizioni di nuovo conio mirano essenzialmente a garantire la rapidità della procedura ed a consentire alla Commissione di acquisire più agevolmente le informazioni necessarie. Da un lato, è previsto il potere di adottare direttamente una decisione che ingiunga alle imprese di fornire informazioni, senza che prima sia stata inoltrata una richiesta informale in tal senso; dall'altro, si conferisce alla Commissione il potere di raccogliere dichiarazioni dalle persone fisiche che vi acconsentano anche nell'ambito di audizioni, che possono svolgersi per telefono o mediante mezzi elettronici o nei locali di un'impresa, con la possibilità di verbalizzarle ed utilizzarle come prova nei procedimenti.⁶¹

Ulteriori modifiche sono state apportate anche in ordine all'aumento dei massimali, sia per le ammende di procedura, sia per le penalità di mora.

Accanto al nuovo regolamento, la riforma del controllo comunitario delle concentrazioni contempla diverse misure non legislative volte ad assicurare un esame più efficiente e qualitativamente migliore delle operazioni. In particolare, la Commissione ha apportato alcune modifiche all'organizzazione dei propri Servizi e pubblicato orientamenti di "buona pratica", dichiarando di perseguire i seguenti obiettivi: migliore tutela dei diritti della difesa delle parti notificanti, maggior coinvolgimento dei terzi nella procedura e miglior

⁶¹ Per queste considerazioni si rinvia a M. TODINO, La riforma del controllo delle concentrazioni nell'ordinamento comunitario, in Contratto e Impresa Europa, 2004.

funzionamento del sistema interno di "pesi e contrappesi" (*checks and balances*) nel procedimento di adozione delle decisioni (*decision-making process*). Tutto ciò anche al fine di rendere più "contraddittoria" ed oggettiva una procedura in cui un unico organo - la Commissione - svolge allo stesso tempo il ruolo inquirente e giudicante, sia pure sotto il controllo del Tribunale di primo grado.⁶²

Ciò premesso, è adesso opportuno soffermare l'attenzione sul meccanismo dei rinvii tra Commissioni ed Autorità nazionali che, oltre ad essere uno dei principali strumenti di coordinamento ed efficienza del sistema del controllo sulle concentrazioni, costituisce anche, e non a caso, il terreno su cui maggiormente si è mosso l'intervento innovatore del legislatore europeo del 2004.

⁶² Cfr. M. MEROLA, L. ARMATI op. Cit, pag. 137 ss.

CAPITOLO 2

IL SISTEMA DEI RINVII TRA COMMISSIONE ED AUTORITÀ NAZIONALI

1. Lo sportello unico e i meccanismi correttivi in funzione del rispetto del principio di sussidiarietà

Per quanto concerne l'intervento innovatore del legislatore europeo del 2004, le questioni procedurali di maggior rilievo affrontate in occasione della riforma del controllo delle concentrazioni sono inerenti ai rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale, e quindi ai criteri di ripartizione delle competenze tra Commissione e Autorità nazionali. Come detto, la Commissione stessa aveva individuato nelle notifiche multiple il problema cruciale da risolvere per migliorare il sistema di controllo delle concentrazioni; pertanto, l'obiettivo principale della riforma è stato il rafforzamento del principio dello sportello unico, o *one stop shop*, al fine di consentire alle imprese partecipanti alla concentrazione di rivolgersi ad un'unica autorità della concorrenza.⁶³

Il controllo europeo delle operazioni di concentrazione tra imprese riguarda la competenza esclusiva della Commissione con riferimento alle concentrazioni di dimensione comunitaria. Infatti, "gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria" (art. 21 par. 3 del Regolamento 139/04).

Tale competenza esclusiva è funzionale a rendere più rapido il processo di valutazione preventiva delle concentrazioni attraverso la

⁶³ Cfr. L. CHIARAMONTE, *Le concentrazioni bancarie in Europa e i processi di integrazione cross-border*. 2008, Milano, p. 175.

definizione, per le concentrazioni a cui si applica il reg. 139/04, di un solo procedimento di controllo.⁶⁴

Il divieto di applicazione del diritto nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria presenta due deroghe: - se gli Stati membri non possono esercitare i propri poteri per valutare le concentrazioni di dimensione comunitaria, essi però possono, in alcuni casi, esercitare i propri poteri ispettivi, - la competenza esclusiva non limita l'applicazione da parte degli Stati membri di discipline nazionali che tutelano interessi legittimi differenti da quelli del regolamento comunitario⁶⁵.

Quindi, nel sistema di controllo delle concentrazioni, la Commissione è titolare della competenza esclusiva “per adottare le decisioni previste dal (...) regolamento”. L'Autorità CE è, secondo il cd. “sistema di sportello unico”, l'unico organo che può decidere, salvo le eccezioni (“previsione definita “clausola tedesca”, in base alla quale, appunto, la valutazione di impatto sulla concorrenza di una concentrazione di dimensione comunitaria può essere compiuta dalle autorità statali”)⁶⁶ che si vedranno infra, delle concentrazioni di dimensione comunitaria (considerando 8 reg. 139/04). Tale competenza non esclude, comunque, il controllo della Corte di giustizia sull'applicazione dello stesso (art. 21 par. 2 reg. 139/04).

Il sistema di riparto delle concentrazioni che devono essere valutate dalla Commissione o dalle Autorità nazionali continua ad essere incentrato su precise ed elevate soglie di fatturato, indipendentemente dai reali effetti (transfrontalieri o nazionali) dell'operazione di concentrazione. Inoltre, il reg. 139/04 (che si riferisce alla

⁶⁴ Cfr. L.F. PACE, *Diritto Europeo della concorrenza*, Padova, 2007, p. 392.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 21 reg. 139/04, le misure nazionali di tutela devono però essere “compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario”; con riferimento all'identificazione degli interessi legittimi di cui a tale norma, il regolamento elenca: la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali (art. 21(4) reg. 139/04).

⁶⁶ Cit. in A.M. CALAMIA, V. VIGIAK, *Diritto dell'unione europea*, 2015, p. 220.

Commissione e alle Autorità nazionali come ad una Rete di Autorità (considerando 32) non permette l'applicazione parallela ad una medesima concentrazione tanto della disciplina comunitaria quanto di quella nazionale.

Il criterio delle soglie di fatturato, oggettivo e di facile applicazione, era stato prescelto, già al momento dell'adozione del regolamento 4064/89, al fine di favorire un clima di fiducia da parte delle imprese e condizioni di certezza giuridica.

Tale sistema, però, si è ben presto rivelato inadeguato; infatti, operazioni che producevano i propri effetti ben oltre il territorio di uno Stato membro finivano per non ricadere sotto la giurisdizione comunitaria, per il semplice motivo che le dimensioni delle imprese non permettevano di soddisfare i requisiti di fatturato richiesti. Ciò ha determinato vistose incongruenze e notevoli difficoltà per le imprese, spesso costrette a notificare una stessa operazione di concentrazione in una molteplicità di giurisdizioni, secondo regole variabili da Stato a Stato.

Al fine di superare questi problemi, il regolamento 139/04, seguendo un processo iniziato già nella vigenza del regolamento 4064/1989, pur lasciando invariate le disposizioni inerenti alle soglie di fatturato, punta al rafforzamento del principio dello sportello unico attraverso una razionalizzazione del sistema dei rinvii di cui agli artt. 9 e 22. Esso disciplina, tramite procedimenti di cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali, il rapporto tra i seguenti interessi: - Facilità di individuazione della competenza della Commissione tramite soglie di fatturato; - Necessità che una concentrazione di dimensione comunitaria che abbia effetto solo su di uno Stato membro sia valutata dall'Autorità del relativo Stato membro; - Necessità che concentrazioni che hanno effetto sul commercio tra Stati membri (cioè che siano

notificate a più Stati membri) siano valutate dall'organo che tutela il commercio interstatale, cioè la Commissione.⁶⁷

Il regolamento 139/04 prevede due ordini di procedimenti di rinvio di una concentrazione da Commissione alle Autorità nazionali, e viceversa: - Procedimenti di rinvio prima della notifica (art. 4 reg. 139/04); - Procedimenti di rinvio dopo la notifica (art. 9 e 22 reg. 139/04). Al fine di chiarire i casi e le modalità dei rinvii, la Commissione ha emanato una specifica Comunicazione⁶⁸.

In tale ambito, le modifiche principali riguardano i termini ed i criteri per il rinvio, e il potere della Commissione di rinviare il caso anteriormente alla notifica su richiesta delle parti (art. 4, parr. 4 e 5). Tali modifiche hanno lo scopo di consentire una ben più ampia redistribuzione dei casi rispetto all'esperienza del primo decennio di controllo comunitario delle concentrazioni, correggendo le patologie derivanti dalla definizione di "dimensione comunitaria" in base alle soglie di fatturato ed arginando il problema delle notifiche multiple.

Questo nuovo sistema presenta, sicuramente, il vantaggio di una maggiore flessibilità, oltre che maggiori garanzie, appunto, per la certezza del diritto.⁶⁹

È apparso da subito alquanto improbabile, tuttavia, che un sistema di rinvii, pur razionalizzato e reso più efficace, potesse da solo porre rimedio al problema delle notifiche multiple. Si aggiunga che le nuove norme di rinvio, nonostante i progressi rispetto al sistema precedente, riproducono molti dei difetti che avevano caratterizzato il sistema del

⁶⁷ Cfr. L.F. PACE op. cit. pag. 416.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, in GUCE 56 del 5 marzo 2005 p.2.

⁶⁹ Per queste considerazioni si rinvia a F. TUFARELLI, "L'autonomia delle imprese e l'attività del controllo da parte dei pubblici poteri: evoluzione e riflessi nazionali", in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 7/8, p. 2034 ss.

regolamento 4064/89, quali ad esempio la possibilità di rinvio parziale, che rappresenta, come ampiamente si illustrerà, un'innequivocabile incoerenza all'interno del sistema stesso.

2. Il rinvio “verso il basso”, dalla Commissione alle Autorità nazionali

Il regolamento 139/04 disciplina, come già il regolamento 4064/89, il possibile rinvio del controllo di una concentrazione dal livello comunitario a quello nazionale successivamente alla notifica dell'operazione.

Il procedimento dell'art. 9 reg. 139/04 prevede la possibilità che un'Autorità nazionale chieda, in tutto o in parte, il rinvio ad essa della valutazione di una concentrazione che, pur avendo formalmente rilevanza comunitaria, rischia di incidere significativamente in “un mercato che presenta le caratteristiche di un mercato distinto”.

In particolare, l'art. 9 par. 1 reg. 139/04 prevede che “la Commissione possa inviare alle Autorità competenti dello Stato membro interessato un caso di concentrazione di dimensione comunitaria ad essa notificata”. Ciò avviene “mediante decisione che la Commissione notifica (...) alle imprese interessate e che essa porta a conoscenza delle Autorità competenti degli altri Stati membri”.

Secondo il procedimento definito dall'art. 9 reg. 139/04, entro 15 giorni dal ricevimento della notifica, uno Stato membro informa la Commissione dei problemi concorrenziali che la concentrazione potrebbe avere sul mercato statale. L'Autorità nazionale informa la Commissione di tale fatto, tanto di sua iniziativa quanto su invito dell'autorità CE. In particolare, la concentrazione deve presentare i seguenti aspetti: - rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato all'interno del suddetto Stato membro che

presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto; o – incide sulla concorrenza in un mercato all'interno del suddetto Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto e non costituisce una parte sostanziale del mercato comune (art. 9 par. 2 reg. 139/04).

La Commissione, entro 35 giorni lavorativi successivi a quelli della ricezione della notifica, deve decidere se rinviare o meno la concentrazione (art. 9 par. 4 reg. 139/04).

Nel caso in cui la Commissione abbia già iniziato la cd. seconda fase del procedimento, essa deve decidere sul rinvio entro 65 giorni lavorativi a decorrere dalla notifica dell'operazione in questione (art. 9 par. 4 reg. 139/04). Se, entro il termine di 65 giorni, “la Commissione, nonostante un sollecito da parte dello Stato membro interessato, non ha preso la decisione relativa al rinvio, né ha intrapreso i passi preliminari (art. 8 (2-4) reg. 139/04)⁷⁰, si considera che essa abbia deciso di

⁷⁰ Art. 8 Reg. 139/04. Poteri di decisione della Commissione:

1. Se la Commissione accerta che una concentrazione notificata soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, i criteri di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune.

Si considera che la decisione che dichiara la concentrazione compatibile riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie.

2. Se la Commissione accerta che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate una concentrazione notificata soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 2, e, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, i criteri di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune.

La Commissione può subordinare la decisione a condizioni e obblighi destinati a garantire che le imprese interessate adempiano gli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune.

Si considera che la decisione che dichiara la concentrazione compatibile riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie.

3. Se la Commissione accerta che una concentrazione soddisfa il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 3, o, nei casi contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, non risponde ai criteri di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, essa, mediante decisione, dichiara la concentrazione incompatibile con il mercato comune.

4. Se la Commissione accerta che una concentrazione

a) è già stata realizzata e che tale concentrazione è stata dichiarata incompatibile con il mercato comune; o

b) è stata realizzata contravvenendo ad una condizione imposta in una decisione adottata a norma del paragrafo 2 secondo la quale, in mancanza della condizione, la concentrazione soddisferebbe il criterio di cui all'articolo 2, paragrafo 3, o, nei casi

rinvia il caso allo Stato membro interessato” (art. 9 par. 5 reg. 139/04).

Se la Commissione ritiene che tale mercato distinto e tale minaccia esistano, essa può alternativamente: - trattare “essa stessa il caso conformemente al (...) regolamento” 139/04; - rinviare “il caso, interamente o in parte, alle Autorità competenti dello Stato membro interessato, per l’applicazione della legislazione nazionale sulla concorrenza del suddetto Stato” (art. 9 par 3 reg. 139/04).

Se al contrario l’Autorità CE “ritiene che tale mercato distinto o tale minaccia non esista, essa prende una decisione al riguardo indirizzandola allo Stato membro interessato e provvede a trattare essa stessa il caso conformemente” al regolamento (art. 9 par. 3 reg. 139/04)⁷¹.

Nel diverso caso, ex art. 9 par. 2 lett. b reg. 139/04, in cui “uno Stato membro informa la Commissione (...) che una concentrazione incide sulla concorrenza in un mercato distinto all’interno del suo territorio, che non costituisce una parte sostanziale del mercato comune, la Commissione rinvia tutto il caso o la parte di esso riguardante detto mercato distinto, se essa ritiene che un tale mercato distinto è interessato” (art. 9 par. 3 reg. 139/04).

contemplati dall'articolo 2, paragrafo 4, non soddisferebbe i criteri di cui all'articolo 81, paragrafo 3 del trattato.

La Commissione può:

- ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione, in particolare mediante lo scioglimento dell'entità nata dalla fusione o la cessione di tutte le azioni o le parti del patrimonio acquisite, in modo da ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione. Qualora la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione non possa essere ripristinata dissolvendo la concentrazione, la Commissione può prendere qualsiasi altra misura atta a ripristinare per quanto possibile tale situazione,

- ordinare qualsiasi altra misura opportuna per assicurare che le imprese smembrino la concentrazione o prendano altri provvedimenti di ripristino della situazione anteriore come ordinato nella sua decisione.

Nei casi rientranti nel primo comma, lettera a), le misure di cui al primo comma possono essere imposte in una decisione adottata a norma del paragrafo 3 o in una decisione distinta.

⁷¹ Con riferimento alle decisioni ex. Art. 9(3), v. M.3905- Tesco/Carrefour, decisione del 22 dicembre 2005 relativa ad un rinvio parziale; M.3864- FIMAG/Zueblin, decisione del 14 ottobre 2005 relativa ad un rinvio parziale; M.3754- Strabag/Dywidag, decisione del 23 giugno 2005, relativa ad un rinvio parziale.

Nel caso in cui la concentrazione sia stata rinviata allo Stato membro, “l’Autorità competente dello Stato membro interessato decide sul caso senza indebito ritardo” (art. 9 par. 6 reg. 139/04). Inoltre, l’Autorità nazionale competente è obbligata entro 45 giorni lavorativi a decorrere dal rinvio da parte della Commissione- salvo le eccezioni conseguenti ad inadempimenti dei notificanti- ad informare le parti della “valutazione preliminare sotto il profilo della concorrenza e delle eventuali ulteriori misure che propone di adottare”. Nel caso in cui la legislazione nazionale obblighi la notifica della concentrazione, “il termine di 45 giorni decorre dal giorno lavorativo successivo a quello del ricevimento di una notifica completa da parte dell’Autorità competente di detto Stato membro” (art. 9 par. 6 reg.139/04). Il reg. 139/04, in questo modo, si inserisce nella disciplina nazionale di controllo delle concentrazioni. A tal fine l’art. 9 par. 7 reg. 139/04 disciplina i criteri per la definizione del mercato rilevante che l’Autorità nazionale deve utilizzare.

Inoltre, il regolamento 139/04 specifica che “per l’applicazione del presente articolo, lo Stato membro interessato può prendere soltanto le misure strettamente necessarie per preservare o ripristinare una concorrenza effettiva nel mercato interessato” (art. 9 par. 8 reg. 139/04).

Il reg. 139/04, “conformemente alle disposizioni pertinenti del Trattato”, ricorda che ogni Stato membro “può proporre ricorso alla Corte di giustizia e può chiedere in particolare l’applicazione dell’articolo 243 del Trattato, ai fini dell’applicazione della propria legislazione nazionale in materia di concorrenza”(art. 9 par. 9 reg.139/04).⁷²

Benché il rinvio comporti una deroga al principio della competenza esclusiva della Commissione per valutare le operazioni di dimensione

⁷² Cfr. L.F. PACE op. cit. p. 420.

comunitaria, stabilito all'art. 21⁷³, in molti casi si è fatto ricorso a tale procedura, in ossequio al principio di sussidiarietà dell'azione di controllo esercitata a livello comunitario e tenendo a mente il criterio della natura transfrontaliera degli effetti di un'operazione. Tuttavia, in alcuni casi, l'analisi di un'operazione notificata alla Commissione è stata delegata a più autorità nazionali contemporaneamente, e nella maggior parte si è trattato di un rinvio parziale, avendo la Commissione trattenuto il caso per l'esame in alcuni dei mercati geografici interessati.⁷⁴ Queste situazioni, che sembrerebbero la conseguenza di una patologia del sistema piuttosto che di una sua applicazione generosa ed oculata da parte della Commissione, saranno esaminate in seguito.

In linea generale, invece, può dirsi sin d'ora che il sistema di rinvio instaurato dal regolamento 4064/89 denunciava problemi più o meno

⁷³ Articolo 21. Reg. 139/04: Applicazione del presente regolamento e competenza

1. Il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003(8), (CEE) n. 1017/68(9), (CEE) n. 4056/86(10) e (CEE) n. 3975/87 del Consiglio (11) non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti.

2. Fatto salvo il controllo da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per adottare le decisioni previste dal presente regolamento.

3. Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria.

Il primo comma lascia impregiudicato il potere degli Stati membri di procedere alle indagini necessarie all'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 4, e dell'articolo 9, paragrafo 2, e di prendere, dopo il rinvio, conformemente all'articolo 9, paragrafo 3, primo comma, lettera b), o paragrafo 5, le misure strettamente necessarie in applicazione dell'articolo 9, paragrafo 8.

4. Nonostante i paragrafi 2 e 3, gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario.

Sono considerati interessi legittimi ai sensi del primo comma la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali.

Qualsiasi altro interesse pubblico è comunicato dallo Stato membro interessato alla Commissione ed accettato dalla stessa, previo esame della sua compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario, prima che i provvedimenti di cui sopra possano essere presi. La Commissione notifica la sua decisione allo Stato membro interessato entro 25 giorni lavorativi dalla data della suddetta comunicazione.

⁷⁴ Cfr. M. MEROLA, L. ARMATI op. cit, pag. 137 ss.

significativi di ordine sia procedurale che sostanziale, solo in parte risolti dalle nuove disposizioni.⁷⁵

2.1. Le problematiche sollevate dall'ipotesi di rinvio parziale

Dall'applicazione del regolamento del 1989, in materia di rinvio c.d. verso il basso, sono emerse talune problematiche; il primo problema, sottolineato dalla stessa Commissione nel Libro verde nonché da quasi tutte le parti intervenute alla consultazione, è quello del rinvio parziale, della possibilità cioè di rinviare solo parte di un caso ad un'autorità nazionale.

Il rinvio parziale si risolve essenzialmente in una suddivisione della competenza ad esaminare la stessa operazione tra organismi posti a due livelli diversi, nazionale e comunitario. Tale possibilità, paradossalmente è stata introdotta proprio con la riforma del 1997⁷⁶, che doveva essere finalizzata al rafforzamento del principio dello sportello unico e quindi ad evitare alle imprese la notificazione presso più autorità nazionali.

Il rinvio parziale si pone, invece, in netto contrasto con gli obiettivi dichiarati, rappresentando un'eccezione difficilmente giustificabile a detto principio.

Nella maggior parte dei casi, peraltro, non è chiaro come l'esame delle operazioni di concentrazione possa essere suddiviso in diversi tronconi, affidandone ciascuno ad una diversa autorità dal momento che la valutazione dell'impatto concorrenziale di un'operazione

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ REGOLAMENTO (CE) N. 1310/97 DEL CONSIGLIO del 30 giugno 1997 che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese.

dovrebbe essere basata su tutti gli elementi strutturali ad essa relativi. Ciò in considerazione del fatto che, per determinare quali siano i possibili effetti restrittivi della concentrazione sulla struttura del mercato e sui terzi, l'autorità competente deve avere conoscenza dell'intero contesto concorrenziale in cui essa prende forma.

A fronte di questi aspetti critici, il meccanismo del rinvio parziale sembra obbedire soltanto ad un eccessivo riguardo nei confronti del principio di sussidiarietà⁷⁷. Indubbiamente, esso consente di rinviare solo la parte del caso relativa a realtà locali che richiedano un esame "prossimo" di problemi concorrenziali specifici, correlati alle caratteristiche dei mercati e alla legislazione interna ad essi applicabile. Ciò può accadere quando la scarsa estensione geografica dei mercati rilevanti comporti un'analisi troppo parcellizzata, che la Commissione avrebbe difficoltà ad effettuare.

Anche in tali occasioni, tuttavia, l'opportunità di un rinvio parziale andrebbe valutata tenendo presenti altri fattori. Innanzi tutto, la prossimità potrebbe rivelarsi, in alcuni casi, un limite all'oggettività dell'esame. Inoltre, il bagaglio di esperienza della Commissione e la possibilità che essa comunque ha di contare sulla collaborazione delle autorità nazionali, associandole all'esame del caso (mentre l'esperienza dimostra che il contrario si verifica solo in rari casi), lasciano pensare che anche l'autorità comunitaria sarebbe in grado di valutare in modo efficace e competente gli effetti di una concentrazione su mercati nazionali o sotto nazionali.⁷⁸

L'esperienza dimostra che, il più delle volte, il saldo tra fattori positivi e negativi è tale da sconsigliare il ricorso al rinvio parziale. Infatti, al di là di ogni considerazione teorica e degli indiscutibili disagi derivanti alle imprese dall'esistenza di procedure parallele relative alla stessa

⁷⁷ Cfr. F. TUFARELLI op. cit.

⁷⁸ Cfr. M. MEROLA, L. ARMATI op. cit., pag. 137 ss.

operazione, l'aspetto più problematico del rinvio parziale è il rischio reale di decisioni contraddittorie.

Il noto caso *Seb/Moulinex*⁷⁹ è paradigmatico in questo senso, poiché mostra in modo inequivocabile come, a seguito di un rinvio parziale, le decisioni della Commissione e delle Autorità nazionali possano divergere significativamente.

Situazioni del genere certo non aiutano a creare presso le imprese un clima di fiducia nel trattamento uniforme delle concentrazioni di dimensione comunitaria, obiettivo che dovrebbe essere particolarmente salvaguardato in un sistema basato sullo scrutinio preventivo; ma soprattutto mettono a repentaglio il concetto stesso di supremazia dell'ordine comunitario sugli ordini nazionali. Se si tiene conto della più volte affermata complementarità ed unità di scopi tra diritto nazionale e diritto comunitario della concorrenza, può senz'altro affermarsi che il principio di supremazia dell'ordine comunitario non tollera che le autorità nazionali alle quali viene rinviato l'esame di una concentrazione di dimensione comunitaria applichino una teoria che la Commissione ha già respinto nella fattispecie in esame.

Eppure la disciplina dei rinvii non consente di scongiurare situazioni patologiche come quella del caso *Seb/Moulinex*, dato che la decisione

⁷⁹ Caso M.2621 dell'8 gennaio 2002, in GUCE n. C(2002)38.). A riguardo l'autorizzazione della Commissione, riguardante i mercati di nove Paesi interessati e condizionata al rispetto di misure correttive di carattere semi-strutturale (concessione in licenza del marchio Moulinex per un lungo periodo, seguita da un periodo di congelamento del marchio), è stata di fatto resa per lungo tempo inoperante dall'autorizzazione rilasciata, senza imposizione di alcun rimedio né strutturale né comportamentale, da parte delle autorità francesi, alle quali il caso era stato rinviato per l'esame degli effetti sul relativo mercato geografico. Essendo il mercato francese il più importante nel settore merceologico in esame e quello in cui si facevano temere gli effetti più pregiudizievoli della concentrazione per la fortissima posizione di partenza dell'impresa acquirente (si noti per inciso che erano queste le uniche peculiarità della situazione francese), la realizzazione dell'operazione in Francia ha consentito al gruppo acquirente di conseguire in gran parte i risultati attesi e di rafforzare la sua posizione non solo in Francia ma anche nei territori vicini, grazie anche alla progressiva apertura dei mercati e al crescente fenomeno delle importazioni parallele. A rafforzare la sensazione di una *défaillance* del meccanismo di controllo provvede la circostanza, alquanto sorprendente, che il provvedimento francese sia stato giustificato sulla base della teoria della società in stato di insolvenza ("failing company defence") benché la Commissione avesse già ritenuto che i criteri per l'applicazione di tale teoria non fossero soddisfatti nella fattispecie.

di rinvio non può essere invalidata per il solo fatto di non aver previsto l'eventualità di un conflitto di pronunce e non aver introdotto le apposite riserve o cautele nella decisione di autorizzazione.

Sarebbe spettato pertanto al legislatore intervenire in occasione della riforma per risolvere il problema evidenziato e al fine di assicurare l'uniformità dei provvedimenti dal momento che il meccanismo di rinvio parziale comporta il rischio che le autorità nazionali adottino decisioni inconciliabili con quella della Commissione e che il principio dello sportello unico sia "svuotato" di significato per effetto dell'analisi "frammentata" dei casi davanti alla Commissione ed alle autorità nazionali.

L'istituto del rinvio parziale, in sintesi, rende il sistema potenzialmente confliggente non solo con il principio dell'*one stop shop* (a maggior ragione nei casi in cui l'esame di un'operazione sia rinviato a più autorità), ma anche con quello della certezza del diritto e dell'uniformità del controllo delle concentrazioni.⁸⁰

⁸⁰ Cfr. L.F. PACE op. cit. p. 119 ss.

2.2. Ulteriori profili critici

Accanto alla questione legata al rinvio parziale, il dettato dell'art. 9 del regolamento 4064/89 sollevava ulteriori problematiche, tra cui, anzitutto, quella connessa alle condizioni necessarie per effettuare la richiesta di rinvio. L'onere di provare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante e l'esistenza di un mercato distinto, infatti, gravava sugli Stati membri ed era tale da scoraggiarli dal presentare un'istanza di rinvio, considerato anche il breve termine di tre settimane entro il quale essi dovevano svolgere una valutazione così complessa.

Con la riforma, viene eliminata la necessità per gli Stati membri di dimostrare la minaccia di rafforzamento di una posizione dominante, essendo sufficiente la prova che la concentrazione rischia d'incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato al loro interno, che presenti tutte le caratteristiche di un mercato distinto. Tale modifica comporta un evidente alleggerimento dell'onere della prova, che dovrebbe incoraggiare le Autorità nazionali a presentare richieste di rinvio alla Commissione.

La seconda condizione, invece, cioè la prova dell'esistenza di un mercato distinto, è mantenuta anche nel nuovo regolamento e continua a sollevare particolari difficoltà: l'art. 9 non offre infatti alcuna definizione di mercato distinto, lasciando sussistere il dubbio se tale caratteristica debba essere accertata in relazione all'aspetto geografico o a quello merceologico del mercato o ad entrambi. L'analisi esegetica del testo sembra piuttosto suggerire l'ipotesi cumulativa ⁸¹.

Infine, tra le disposizioni problematiche del sistema previgente, mantenute nel regolamento 139/2004, merita un accenno l'ultimo capoverso dell'art. 9, par. 3, che prevede l'obbligatorietà di rinviare il caso alle Autorità nazionali quando il mercato distinto all'interno del

⁸¹ Cfr. M. MEROLA, L. ARMATI op. cit., pag. 137 ss.

territorio di uno Stato membro non costituisca una parte sostanziale del mercato comune. La ratio di questa disposizione è chiara: essa obbliga la Commissione a rinviare allo Stato membro interessato una concentrazione di dimensione comunitaria che, se valutata ai sensi del regolamento, non potrebbe essere dichiarata incompatibile e vietata perché non produce i suoi effetti su una parte sostanziale del mercato comune, come richiesto ai sensi dell'art. 2, par. 3, del regolamento.

Tale norma, introdotta dal legislatore del 1997, permette dunque di rimediare ad un'anomalia del testo originario del regolamento, derivante dal fatto che i criteri con cui l'art. 1 delimitava la sfera di giurisdizione della Commissione si fondavano esclusivamente sulle soglie di fatturato delle imprese, in modo del tutto avulso dagli effetti della concentrazione. Il rinvio *ex auctoritate* non è stato tuttavia utilizzato in concreto e, come osservato in dottrina⁸², riveste scarsa valenza pratica, considerata la normale tendenza della Commissione a ritenere "sostanziali" anche aree molto circoscritte del mercato comune, essenzialmente al fine di evitare di dichiarare la sua assoluta mancanza di giurisdizione in alcuni mercati, sui quali non potrebbe più intervenire.

⁸² Si veda M. MEGLIANI, La riforma della disciplina comunitaria sulle concentrazioni tra imprese, in *Diritto del commercio internazionale*, vol. 18, n. 3, 2004, p. 686.

3. Il rinvio “verso l’alto”, dalle Autorità nazionali alla Commissione

L’ipotesi dell’art. 22 reg. 139/04 riguarda il caso di una concentrazione non avente dimensione comunitaria la quale, però, “incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta” di rinvio (art. 22 par. 1 reg. 139/04)⁸³.

Il termine per la presentazione della richiesta da parte dello Stato o degli Stati membri sono 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata notificata. Nel caso in cui gli Stati membri non prescrivano l’obbligo di notifica delle concentrazioni, il termine decorre da quando l’operazione è stata resa nota allo Stato membro interessato (art. 22 par. 1 reg. 139/04).

Successivamente, la Commissione trasmette la richiesta a tutti gli Stati membri e alle imprese interessate (art. 22 par. 2 reg. 139/04). Altri Stati membri hanno la facoltà di aderire alla richiesta iniziale entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la Commissione ha informato della richiesta iniziale. In questo caso, tutti i termini nazionali relativi alla concentrazione sono sospesi fino a quando non sia deciso dove sarà esaminata la concentrazione (art. 22 par. 2 reg. 139/04).

Appena uno Stato membro informa le imprese e la Commissione che non intende aderire alla richiesta, cessa la sospensione dei termini nazionali (art. 22 par. 2 reg. 139/04).

Entro 25 giorni da quando l’Autorità CE ha informato della richiesta di rinvio, la Commissione decide di esaminare la concentrazione, “se ritiene che incida sul commercio fra Stati membri e rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli

⁸³ Con riferimento alle decisioni ex art. 22, v. M. 3796- Omya/J.M. Huber PCC, del 18 maggio 2005; M. 3136- GE/AGFA NDT, decisione del 5 dicembre 2003 (ai sensi del reg. 4064/89).

Stati membri che presentano la richiesta”. Se la Commissione non prende una decisione entro tale termine, si considera che abbia deciso di esaminare la concentrazione conformemente alla istanza proposta (art. 22 par. 3 reg. 139/04).

In caso positivo, la Commissione informa della sua decisione tutti gli Stati membri e le imprese interessate e può chiedere che venga effettuata, con le particolarità di cui all’art. 22 par. 4 reg. 139/04, una notifica ai sensi del reg. 139/04. In conseguenza di ciò, in modo simile a quanto previsto dall’art. 21 reg. 139/04, “lo Stato o gli Stati membri che hanno presentato la richiesta alla Commissione si astengono dall’applicare ulteriormente alla concentrazione la loro legislazione nazionale sulla concorrenza” (art. 22 par. 3 reg. 139/04).

L'obiettivo iniziale dell'art. 22, par. 3, era di concedere agli Stati membri che non disponevano di una legislazione nazionale sul controllo delle concentrazioni la possibilità di affidare alla Commissione l'esame dei casi rilevanti di dimensione nazionale che altrimenti non avrebbero potuto essere valutati, a condizione che fosse dimostrata la potenzialità dell'operazione di produrre effetti sugli scambi tra Stati membri. La funzione di tale disposizione appare, oggi, sostanzialmente diversa rispetto ai propositi delle sue origini: la ratio della norma viene ormai individuata nell'esigenza di evitare che le autorità di diversi Stati membri esaminino separatamente la stessa operazione di concentrazione quando la Commissione potrebbe farlo più efficacemente.⁸⁴ Oltre a semplificare gli adempimenti burocratici per le imprese, consentendo loro di confrontarsi con un'unica autorità amministrativa, la norma dovrebbe contribuire ad attenuare, mediante il riavvicinamento al criterio tradizionale dell'incidenza sugli scambi, le conseguenze della scelta del metodo del fatturato per la definizione di operazioni di dimensione comunitaria. Nel nuovo testo dell'art. 22 si

⁸⁴ Cfr. B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI, *Diritto Antitrust dell'Unione Europea*, Torino, 2014, p. 305.

è cercato di dare una soluzione alle problematiche di cui sopra e di rendere il rinvio più fruibile per le imprese, anche se la circostanza che la decisione finale sia rimessa alle autorità nazionali non migliora la prevedibilità delle decisioni.⁸⁵

⁸⁵ Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 334 ss.

4. Il rinvio pre-notifica

La possibilità di rinvio delle concentrazioni prima della notifica (tanto verso la Commissione, quanto verso le Autorità nazionali garanti della concorrenza degli Stati membri) è una novità del reg. 139/04. Questa è stata disciplinata al fine di “migliorare ulteriormente l’efficienza del sistema di controllo delle concentrazioni nella Comunità”⁸⁶.

Perché tale rinvio non determini degli effetti collaterali riguardo alla certezza dei tempi del procedimento di valutazione (comunitario o nazionale), la Commissione e le Autorità nazionali di concorrenza devono decidere entro termini brevi e certi se debba essere effettuato un rinvio alla Commissione o agli Stati membri⁸⁷.

La richiesta di rinvio prima della notifica, tanto alle autorità degli Stati membri come alla Commissione, deve essere effettuata, ai sensi del reg. 802/04, tramite uno specifico formulario (Formulario RS). Questo permette alla Commissione di ricevere sufficienti informazioni per poter iniziare la valutazione della richiesta di rinvio.

Per quanto riguarda il rinvio allo Stato membro (cd: “verso il basso”) il procedimento ex art. 4 par. 4 reg. 139/04 permette, ancora prima della notifica della concentrazione, di valutare se l’operazione di dimensione comunitaria che possa “incidere in modo significativo sulla concorrenza di uno Stato membro” debba essere notificata all’Autorità nazionale del territorio sul quale la concentrazione avrà un sostanziale effetto.

Ai sensi della norma in esame, infatti, soggetti obbligati alla notifica della concentrazione, prima della notifica stessa, possono informare la Commissione, “presentando una richiesta motivata, che la concentrazione può incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato all’interno di uno Stato membro che presenta tutte le

⁸⁶ Considerando 16 del Regolamento 139/2004.

⁸⁷ Considerando 16 del Regolamento 139/2004.

caratteristiche di un mercato distinto e che dovrebbe quindi essere esaminata, interamente o in parte, dallo Stato membro in questione”.

A seguito di ciò, la Commissione trasmette senza ritardo la richiesta a tutti gli Stati membri.

Lo Stato membro di cui alla richiesta motivata, entro 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta, esprime “la propria posizione in merito”. Se tale Stato membro non prende posizione entro questo termine, si considera che esso abbia espresso il consenso al rinvio ad esso della concentrazione.

La Commissione, a sua volta, valuta se un “simile mercato distinto esista effettivamente e [se] la concentrazione possa incidere in misura significativa sulla concorrenza in tale mercato”. In questo caso, e a meno che detto Stato membro non esprima il suo dissenso, l’Autorità UE “può decidere di rinviare il caso, interamente o in parte, (...) per l’applicazione della [relativa] legislazione nazionale sulla concorrenza”.

La decisione della Commissione è adottata entro 25 giorni lavorativi a decorrere dal ricevimento della richiesta motivata da parte della Commissione. Se la Commissione non prende una decisione entro tale termine, si considera che essa abbia adottato una decisione di rinvio del caso come chiesto dalle persone o imprese interessate.

Comunque, la Commissione è obbligata ad informare della sua decisione gli altri Stati membri e le persone o le imprese interessate.

In conseguenza della decisione di rinvio della concentrazione ad uno Stato membro, le imprese obbligate non devono più notificare alla Commissione la relativa operazione e a quest’ultima si applica la legislazione nazionale sulla concorrenza.

Quindi, pur riprendendo lo schema dell’art. 9 del regolamento, l’art. 4, par. 4, se ne differenzia per il potere di iniziativa ai fini dell’eventuale rinvio di un’operazione di dimensione comunitaria, che è affidato alle parti interessate anziché agli Stati membri.

Nelle intenzioni del legislatore, l'iniziativa delle imprese dovrebbe servire a chiarire in anticipo se la Commissione abbia intenzione di rinviare l'esame di una concentrazione di dimensione comunitaria, scongiurando il rischio di una decisione di rinvio successiva alla notifica, che ritarda non poco l'ottenimento dell'autorizzazione. Inoltre, tale strumento pare funzionale anche allo scopo di chiarire ufficialmente, nei casi dubbi, se l'operazione abbia effettivamente dimensione comunitaria. Non avrebbe infatti senso pratico, in tali casi (comunque non numerosi, dato il carattere obiettivo dei criteri fondati sulle soglie di fatturato), scindere la verifica della dimensione comunitaria (che si effettua nella pratica in via informale, precedentemente alla notifica, mediante l'invio alla Commissione di un memorandum descrittivo dell'operazione) dall'accertamento, logicamente successivo, del ricorrere delle condizioni per il rinvio alle Autorità nazionali di un caso di cui sia stata accertata la dimensione comunitaria.⁸⁸

Il rinvio preventivo sembra altresì obbedire a criteri non del tutto coincidenti con quelli del rinvio ordinario: manca infatti un obbligo per la Commissione di rinviare l'esame del caso quando il mercato distinto non costituisca una parte sostanziale del mercato comune. Il rinvio preventivo sembra rimesso, anche in tal caso, alla discrezionalità della Commissione.

È stato al riguardo osservato che tale mancanza di corrispondenza tra le disposizioni non pare il frutto di una svista, ma piuttosto di una scelta precisa del legislatore comunitario⁸⁹. Tuttavia, la ratio di tale scelta appare di difficile comprensione: se infatti, in astratto, si potrebbe immaginare che si sia voluto assoggettare la valutazione della Commissione a vincoli meno rigorosi in caso di rinvio preventivo, dato che questo avviene su istanza di parte e non di un'autorità nazionale, rimane il fatto che la Commissione non dispone dei poteri per vietare o

⁸⁸ Cfr. M. MEGLIANI op. cit.

⁸⁹ Ibidem

sottoporre a misure correttive una concentrazione i cui effetti non si esplicano su una parte sostanziale del mercato comune. Si vuol dire, in altri termini, che ove ci si trovi in tale situazione, il rinvio rimane comunque inevitabile, sicché ha poco senso che la Commissione debba aspettare la notifica formale per prenderne atto.

È stato sottolineato, inoltre, che la coesistenza di una procedura di rinvio preventivo su iniziativa di parte e di un rinvio *ex officio* in una fase successiva, non esclude una potenziale conflittualità tra un diniego di rinvio nella fase pre-notifica a fronte della richiesta delle parti ed un rinvio *ex auctoritate* ottenuto successivamente da un'autorità nazionale. In questa eventualità, le parti notificanti avrebbero speso tempo inutilmente per procedere ad una richiesta motivata di rinvio ed alla successiva notificazione comunitaria, per poi vedere l'esame del caso di nuovo rallentato dal rinvio d'ufficio⁹⁰.

Bisognerebbe, infine, chiedersi se il meccanismo attuale di rinvio non obblighi di fatto le imprese a formulare un'istanza di previa individuazione dell'autorità incaricata nei casi dubbi, al fine di evitare sia il prolungamento dei termini per l'esame della concentrazione che conseguirebbe ad un rinvio *ex auctoritate*, sia di generare nell'Autorità nazionale, con cui più sovente devono confrontarsi, il sospetto che abbiano voluto sottrarsi al suo controllo.

Si tratta di considerazioni che certamente risultano poco percepibili al legislatore, ma che possono avere un peso non trascurabile nelle decisioni delle imprese⁹¹.

Per quanto concerne, poi, il rinvio alla Commissione (cd: “verso l’alto”), in base ai procedimenti disciplinati ex. Art. 4 par. 5 reg. 139/04 è possibile rinviare alla Commissione una concentrazione non di rilevanza comunitaria la quale dovrebbe essere notificata, in

⁹⁰ Cfr. G. STROZZI op. cit.

⁹¹ Cfr. B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI op. cit.

considerazione delle proprie caratteristiche, a tre o più Autorità nazionali.

Questo è concesso per due differenti motivi: - in considerazione dell'evidente rilevanza comunitaria dell'operazione; - per evitare decisioni confliggenti tra le varie Autorità nazionali.

In presenza di una concentrazione "che dovrebbe essere notificata a tre o più Autorità nazionali", i soggetti obbligati alla notifica "possono, prima di qualsiasi notificazione alle Autorità competenti, informare la Commissione, presentando una richiesta motivata" nella quale si provi che la concentrazione dovrebbe essere esaminata dalla stessa Autorità dell'Unione.

Al ricevimento della richiesta la Commissione ne trasmette senza ritardo copia a tutti gli Stati membri.

Qualsiasi Stato membro competente ad esaminare la concentrazione può, entro 15 giorni lavorativi dal ricevimento della richiesta motivata, esprimere il suo dissenso in merito al rinvio. Allo scadere di questo termine si profilano due ipotesi: a) Se il dissenso non è espresso dagli Stati membri entro il termine di 15 giorni lavorativi si considera che la concentrazione abbia dimensione comunitaria e si procede alla relativa notifica alla Commissione secondo la disciplina del reg. 139/04. In questo caso, nessuno Stato membro applica alla concentrazione la propria legislazione nazionale in materia di concorrenza. In tal modo il nuovo regolamento stabilisce un criterio residuale per la definizione delle operazioni di dimensione comunitaria, basato non più sul fatturato ma sugli effetti transfrontalieri, oltre che sul comportamento delle Autorità nazionali, alle quali spetta la parola finale. In questo caso, la competenza della Commissione ad esaminare il caso è esclusiva (ovvia conseguenza del fatto che tutte le autorità competenti hanno aderito alla richiesta di rinvio).

b) Al contrario, nell'ipotesi in cui lo Stato membro abbia espresso il proprio dissenso al rinvio, la Commissione informa senza ritardo tutti

gli Stati membri e le persone o imprese interessate (art. 4 par. 5 reg. 139/04). Le autorità nazionali restano pertanto le uniche competenti ad esaminarlo, e ciò ovviamente in base al diritto nazionale.

Il sistema così delineato prevede, in sostanza, che il dissenso di un'unica Autorità nazionale sia sufficiente ad impedire che il caso ricada nella sfera di giurisdizione comunitaria, con la conseguenza che anche le autorità che se ne siano preventivamente spogliate comunque riprendere l'esame della pratica. Dal punto di vista operativo, la descritta disciplina induce le imprese, prima di inviare alla Commissione una richiesta motivata di rinvio ex art. 4, par. 5, a prendere informalmente contatto con le Autorità nazionali, sia perché la loro iniziativa non sia interpretata come un segnale di sfiducia nei confronti dell'Autorità del loro Paese, sia per evitare di perdere tempo con una richiesta destinata a non essere accolta. Di qui l'opportunità di avviare i contatti in largo anticipo rispetto alla firma dell'accordo, al fine di poter trarre il massimo vantaggio dalla procedura di rinvio preventivo.

Ad ogni modo, occorre tener presente che a far data al 9 luglio 2014, soltanto 6 delle 261 richieste a norma dell'articolo 4, paragrafo 5, presentate dal 2004 hanno incontrato il veto di uno Stato membro⁹².

Ove le parti non vogliano o non possano ricorrere al rinvio preventivo, resta la possibilità per le Autorità nazionali che ricevono la notifica di richiedere un rinvio ex art. 22.

Come si ricorderà, gli "effetti" dell'operazione non sono presi in considerazione nelle corrispondenti disposizioni dell'art. 4, rilevando esclusivamente che la concentrazione possa essere esaminata a norma delle legislazioni nazionali di almeno tre Stati membri, a dimostrazione dell'intenzione del legislatore comunitario di privilegiare il rinvio

⁹² Il dato è riportato nel Libro Bianco “Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell’UE, del 9 luglio 2014, su cui vd. approfonditamente infra.

preventivo, riservando per ipotesi residuali il rinvio successivo alla notifica⁹³.

Deve essere sottolineata la differenza tra le condizioni delineate, rispettivamente, per il rinvio preventivo e per quello successivo (procedure che erano invece sostanzialmente identiche nella proposta originaria della Commissione). Mentre il primo è rimesso esclusivamente alla volontà degli Stati membri (nel senso che, affinché vi si possa procedere, è necessario che nessuno di essi si opponga), il secondo comporta invece una certa discrezionalità della Commissione, che può esaminare il caso anche ove il consenso sia espresso solo da alcuni degli Stati interessati.

Non si comprende per quale motivo il Consiglio, avendo deciso di modificare le condizioni e le modalità del rinvio dagli Stati membri alla Commissione nell'ambito della procedura preventiva, ma di mantenere comunque anche la possibilità del rinvio successivo, non abbia adottato criteri sostanziali analoghi per quest'ultimo. L'impressione è che la soluzione ritenuta sia il frutto di un compromesso politico tra la Commissione, che ha rinunciato ad aumentare i propri poteri nell'ambito della procedura preventiva nel modo da essa inizialmente proposto (con un reale potere di avocazione del caso) e gli Stati membri, che hanno accettato di mantenere intatte le prerogative della Commissione nelle ipotesi di rinvio ai sensi dell'art. 22⁹⁴.

⁹³ Cfr. M. MEROLA, L. ARMATI op. cit., pag. 137 ss.

⁹⁴ Per queste considerazioni si rinvia a U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 250 ss.

CAPITOLO 3

VERSO UN CONTROLLO PIÙ EFFICACE DELLE CONCENTRAZIONI NELL'UE

1. La valutazione dell'efficacia dell'attuale sistema dei rinvii: la Relazione della Commissione del 2009.

L'articolo 1 par. 4 del Regolamento 139/2004 sulle concentrazioni impone alla Commissione, sulla base di dati statistici che possono essere forniti regolarmente dagli Stati membri, di riferire al Consiglio in merito al funzionamento delle soglie e dei criteri di cui ai paragrafi 2 e 3 entro il primo luglio 2009 e consente inoltre, alla Commissione stessa, di presentare proposte a norma del paragrafo 5.

Di conseguenza, l'8 luglio 2009, a seguito di una consultazione pubblica, la Commissione ha presentato al Consiglio una Relazione che contiene un breve riepilogo sulla ripartizione dei casi tra la Commissione e gli Stati membri⁹⁵. In particolare, tale documento costituisce una sorta di verifica e di valutazione dell'efficacia del sistema dei controlli sulle concentrazioni, ed ha come scopo quello di comprendere e valutare gli esiti dell'applicazione delle soglie di attribuzione della competenza e dei relativi meccanismi correttivi (articoli 4, 9 e 22) a far data dal primo maggio 2004, vale a dire dall'entrata in vigore del regolamento comunitario in parola⁹⁶.

La Relazione è accompagnata dal relativo documento di lavoro dei servizi della Commissione, che contiene un'analisi più particolareggiata idonea ad evidenziare gli aspetti meritevoli di

⁹⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio- Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 def.).

⁹⁶ Art. 1 par. 4, art. 4 par. 6 Reg. 139/2004.

ulteriore discussione, lasciando in sospeso la questione relativa all'eventuale opportunità di modifiche delle norme regolamentari⁹⁷.

La comunicazione del 2009 aveva infatti, come solo obiettivo, quello di operare un primo *step* di verifica sui meccanismi di ripartizione di competenza che potesse costituire una base di valutazione per poi indagare, in una fase successiva, l'opportunità di adottare ulteriori iniziative strategiche.

Come già illustrato, la ripartizione della competenza tra la Commissione e le Autorità nazionali garanti della concorrenza, si basa sull'applicazione delle soglie di fatturato stabilite all'articolo 1 del Reg. 139/2004 e prevede tre meccanismi correttivi.

Il primo meccanismo correttivo è la cosiddetta “regola dei due terzi” prevista all'art. 1 del regolamento 139/2004. La norma mira ad escludere dalla competenza della Commissione in alcuni casi che presentano un chiaro collegamento nazionale ad uno degli Stati membri.

Il secondo meccanismo correttivo è costituito dal sistema di rinvio prima della notificazione, introdotto nel 2004. Tale meccanismo consente, in presenza di determinate condizioni, la ri-attribuzione della competenza giurisdizionale agli Stati membri, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, o alla Commissione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5. L'iniziativa spetta alle parti prima della notifica. Il rinvio è però soggetto all'approvazione degli Stati membri e della Commissione, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, e all'approvazione degli Stati membri, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5.

Il terzo meccanismo correttivo è costituito dal sistema di rinvio dopo la notificazione, mediante il quale uno o più Stati membri possono, a determinate condizioni, chiedere alla Commissione di valutare concentrazioni che non raggiungono le soglie stabilite dal regolamento comunitario sulle concentrazioni (articolo 22). Per contro, a

⁹⁷ Relazione sul funzionamento del Regolamento n. 139/2004, Bruxelles, del 18 giugno 2009.

determinate condizioni, uno Stato membro può chiedere il rinvio alle autorità nazionali garanti della concorrenza di casi che sono stati notificati ai sensi del regolamento comunitario sulle concentrazioni (articolo 9).

Ciò premesso, la Commissione osserva che i criteri basati sulle soglie, stabiliti all'articolo 1, paragrafi 2 e 3, associati ai meccanismi correttivi disponibili, <<sembrano funzionare in modo soddisfacente ai fini della ripartizione delle competenze giurisdizionali>>⁹⁸.

Per quanto riguarda “la regola dei due terzi”, nella Relazione viene evidenziato che sono stati almeno 126 i casi che, nel periodo di riferimento (2001-2008), sono rientrati nella regola dei *due terzi*. I casi che hanno raggiunto questa soglia sono quindi stati pochi in confronto al numero totale di casi a livello degli Stati membri⁹⁹. Inoltre, tale soglia è stata applicata prevalentemente in relazione a concentrazioni all'interno dei grandi Stati membri. Nella maggior parte dei casi, la regola dei *due terzi* ha consentito di operare un'adeguata distinzione tra le concentrazioni che, in termini di effetti transfrontalieri, hanno rilevanza comunitaria e quelli che non ne hanno. Tuttavia, un limitato numero di casi, pur con potenziali effetti transfrontalieri nella Comunità, sono risultati, per effetto di questa regola, di competenza delle Autorità nazionali garanti della concorrenza. Più in generale nella Relazione si sottolinea l'importanza di un controllo sulle concentrazioni che garantisca una concorrenza non falsata, a prescindere dall'Autorità che effettua il riesame. In questo contesto, <<la regola dei due terzi nella sua forma attuale merita quindi un'ulteriore analisi >>¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, pag. 3.

⁹⁹ Per il periodo di riferimento 2001-2008, a livello di Stati membri si registrano più di 26.000 casi.

¹⁰⁰ Cfr. Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, pag. 4.

Per quanto riguarda i meccanismi di rinvio prima della notificazione introdotti nel 2004, grazie all'esperienza diretta della Commissione e alle osservazioni ricevute dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza e dalle parti interessate, si può affermare che (nel periodo di riferimento 2004-2008) questi abbiano notevolmente potenziato l'efficienza e la flessibilità in materia di competenze del controllo sulle concentrazioni nell'UE.¹⁰¹

Tali meccanismi hanno decisamente migliorato la ripartizione dei casi tra la Commissione e gli Stati membri, tenendo conto dei principi dello "sportello unico" e dell'"autorità più idonea".

In effetti, le informazioni disponibili vanno chiaramente a confortare l'opinione secondo cui questi meccanismi hanno permesso la trattazione dei casi da parte dell'autorità più idonea, evitando al tempo stesso inutili procedimenti paralleli e azioni di controllo disomogenee. Si è calcolato, infatti, che questi meccanismi abbiano consentito di ridurre a circa 150 il numero di procedimenti, partendo da quasi mille potenziali procedimenti paralleli rilevati nel periodo 2004-2008. Inoltre, nello stesso periodo, al rinvio pre-notifica, 40 casi di competenza della Commissione sono diventati di competenza degli Stati membri. I rinvii sono stati rifiutati solo in quattro casi ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, e in un caso ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4.¹⁰²

Ciò nonostante, sono stati posti in luce alcuni problemi, in particolare di natura procedurale.

Le parti interessate hanno espresso preoccupazione a riguardo, soprattutto, ai tempi in generale e alla complessità del processo di rinvio. Si ritiene che, in molti casi, questi fattori siano stati alla base della decisione delle parti di non chiedere il rinvio. A tale proposito,

¹⁰¹ Cfr. Documento di accompagnamento alla Relazione del 2009, pag. 4.

¹⁰² Per queste considerazioni si veda la Relazione sul funzionamento del Regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, pag. 5.

sulla base dei dati disponibili riguardo al numero di notifiche multiple e in considerazione delle osservazioni delle parti interessate.

La Commissione auspica che il meccanismo di rinvio ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 5, venga in futuro utilizzato per un maggiore numero di casi, incrementando così il sistema dello "sportello unico". Per contro nella Relazione si sottolinea la possibilità di incrementare il numero dei rinvii verso gli Stati membri in applicazione dell'articolo 4, paragrafo 4.

Per quanto riguarda, infine, i rinvii dopo la notificazione, previsti agli articoli 9 e 22 del Regolamento sulle concentrazioni n.139/2004, la Commissione si esprime nel senso che << questi hanno dimostrato di essere ancora utili strumenti correttivi anche dopo l'introduzione dei meccanismi di rinvio prima della notificazione >>¹⁰³.

Ciò riflette la diversa funzione dei meccanismi di rinvio dopo la notificazione, i quali consentono di attuare con flessibilità una nuova ripartizione dei casi, quando opportuno, su iniziativa degli Stati membri o della Commissione.

Tuttavia, l'inquietudine della comunità imprenditoriale riguardo ai tempi e alla complessità delle procedure di rinvio cui si è accennato sopra riguarda anche questi meccanismi.

In conclusione, "la Relazione del 2009" dà conto al Consiglio dell'applicazione delle soglie per la notifica ai sensi dell'articolo 1 del Regolamento comunitario sulle concentrazioni nella ripartizione dei casi di concentrazione tra il livello comunitario e il livello nazionale, nonché dei meccanismi di rinvio previsti agli articoli 4, 9 e 22 dello stesso regolamento. Le conclusioni della Relazione si limitano a fare il punto della situazione e della valutazione dell'efficacia, senza proporre misure. La Commissione conclude che, nel complesso, le soglie finalizzate alla determinazione della competenza giurisdizionale e i vari meccanismi correttivi previsti dal Regolamento comunitario sulle

¹⁰³ Cfr. Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, pag. 6.

concentrazioni hanno fornito un adeguato quadro giuridico per la ripartizione dei casi tra la Comunità e gli Stati membri.

Nella maggior parte dei casi, il quadro ha permesso di operare un'efficace distinzione tra i casi con rilevanza comunitaria e i casi con un prevalente legame nazionale, ai fini dello "sportello unico" e del principio dell'"autorità più idonea". La Commissione invita il Consiglio a prendere nota delle informazioni contenute nella Relazione e a trasmettere il documento anche al Parlamento europeo ed al Comitato economico e sociale. Nonostante tale successo, sono emerse, col tempo, la possibilità e l'opportunità di apportare ulteriori miglioramenti al sistema di ripartizione dei casi da diversi punti di vista. Di tali riflessioni dà conto il Libro bianco del 2014.

2. Il Libro bianco del 2014

A dieci anni di distanza dall'entrata in vigore del Regolamento 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni, la Commissione europea ha pubblicato, in data 9 luglio 2014, un Libro bianco¹⁰⁴ che, da un lato, ha riepilogato quali sono state le modalità di applicazione, nel tempo intercorso, del criterio sostanziale di “ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva” e, dall'altro, ha delineato e proposto le modalità necessarie per promuovere maggiormente la convergenza e la cooperazione fra gli Stati membri, nonché fra la Commissione e gli Stati membri.

La Commissione, Direzione Generale della concorrenza, in questa sede ha quindi formulato proposte di modifica specifiche, volte a rendere più efficaci i controlli sulle concentrazioni a livello dell'UE.

Il Libro bianco, pertanto, è suddiviso nei seguenti tre macro punti: 1) riesame sostanziale delle concentrazioni dopo la riforma del Regolamento sulle concentrazioni del 2004; 2) disamina delle acquisizioni di partecipazioni di minoranza non di controllo; 3) analisi del cd. “rinvio dei casi” e delle nuove misure proposte.

A proposito dell'analisi dei risultati conseguiti nei dieci anni trascorsi dall'entrata in vigore del regolamento 139/2004, relativo al controllo delle concentrazioni, la Commissione osserva che sin dall'adozione del primo Regolamento sulle concentrazioni del 1989, il controllo delle concentrazioni è diventato uno dei pilastri principali della normativa dell'UE in materia di concorrenza e che le sue caratteristiche fondamentali sono ormai consolidate.

Una delle innovazioni più rilevanti apportate dal regolamento del 2004 è stata, senza dubbio, l'introduzione del criterio di “ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva”, quale parametro per l'esame delle operazioni di concentrazione, con conseguente aumento

¹⁰⁴ Si veda il Libro bianco, “verso un controllo più efficace delle concentrazioni UE”, Bruxelles, 9.7.2014, COM (2014) 449.

delle possibilità di rinvio dei casi di concentrazione dagli Stati membri alla Commissione e viceversa. Ciò posto, la Commissione rileva che, invero, statisticamente, la maggior parte delle concentrazioni esaminate non pone problemi sotto il profilo della concorrenza, tant'è che viene autorizzata dopo una procedura di indagine iniziale nel 95% dei casi circa (cd: "prima fase"). Soltanto in meno del 5% dei casi si avvia un'indagine approfondita (cd: "seconda fase") sulla base delle preoccupazioni iniziali sollevate durante la prima fase.

Nel 5-8% circa di tutte le operazioni di concentrazione notificate, la Commissione esprime preoccupazioni relative alla possibilità che la concentrazione possa ostacolare una concorrenza effettiva, ma in ogni caso, nella maggior parte dei casi tali problemi sono risolti attraverso misure correttive che le parti offrono di assumere (sia durante la prima che durante la seconda fase). Si noti, infatti, che la Commissione ha vietato soltanto 24 concentrazioni dal 1990 e 6 dal 2004, ossia molto meno dell'1% delle oltre 5000 operazioni di concentrazione notificate.

Il Libro bianco prosegue soffermandosi sulla rilevanza del sopra citato criterio di "ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva", osservando che la valutazione su di esso è tesa essenzialmente a stabilire se la concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante.

Detta valutazione si avvale di una combinazione di prove qualitative e, laddove disponibili, di prove quantitative/empiriche. Si precisa che la Commissione ha prevalentemente analizzato i possibili effetti anticoncorrenziali derivanti dalla fusione di due imprese attive sul medesimo mercato, in assenza di coordinamento con altri concorrenti (cd. "effetti non coordinati"), mentre sono molto più rari i casi in cui la Commissione ha valutato se una concentrazione aumentasse il rischio di coordinamento tra la nuova entità derivante dalla concentrazione e le altre imprese ("effetti coordinati") o se una concentrazione tra

imprese attive in mercati collegati a livello verticale o strettamente collegati comportasse l'esclusione di altri concorrenti (rispettivamente "effetti verticali" e "conglomerati").

Inoltre, si segnala che nel 2008 la Commissione ha ulteriormente sviluppato la propria prassi in materia di misure correttive, con una versione riveduta della comunicazione concernente tali misure che fornisce orientamenti chiari sull'elaborazione e l'attuazione di misure correttive di cessione (quali la vendita di un'impresa controllata o di uno stabilimento di produzione a un concorrente), concentrandosi sull'efficacia della misura correttiva.

Terminata la disamina della valutazione sostanziale del criterio dell'"ostacolo significativo alla concorrenza", il Libro bianco si concentra su un secondo aspetto, e cioè sul tema della cooperazione e della convergenza fra la Commissione e gli Stati membri.

In particolare, si osserva che, a seguito della consultazione pubblica da cui è scaturita la "relazione del 2009", le parti interessate hanno affermato che, all'interno dell'UE, norme e prassi divergenti sulle concentrazioni potrebbero sommarsi agli oneri amministrativi che già gravano sulle imprese, con la conseguenza di rendere inefficace il controllo delle concentrazioni, nonché di condurre a risultati incoerenti, con un impatto negativo sul mercato interno.

3. Le prospettive di riforma contenute nel Libro bianco.

Preso atto delle riflessioni suddette, la Commissione rileva che vi sono stati progressi sul punto, ma vi sono ancora margini per accrescere la cooperazione e la convergenza, specie in relazione alla definizione dei criteri sostanziali e alla loro applicazione e interpretazione da parte delle Autorità garanti della concorrenza dei singoli Stati membri. Assume pertanto estremo rilievo una maggiore convergenza tra la Commissione e le Autorità nazionali garanti della concorrenza, al fine di creare effettive condizioni di parità ed evitare risultati incoerenti.

Alla luce dell'esame di tali aspetti, la Commissione osserva, quindi, che nel lungo periodo il sistema del Regolamento sulle concentrazioni dovrebbe evolversi in un autentico "spazio europeo delle concentrazioni", in cui le concentrazioni esaminate dalla Commissione e dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza siano soggette ad un unico *corpus* normativo.

Nell'immediato, tuttavia, sono stati individuati due interventi principali da attuare, vale a dire: 1) l'inclusione delle acquisizioni di partecipazioni di minoranza non di controllo nel campo di applicazione della normativa UE sul controllo delle concentrazioni; 2) una ulteriore razionalizzazione del sistema di rinvio dei casi alla luce dell'esperienza maturata dalla Commissione con la riforma del 2004.

Per quanto riguarda il primo intervento, che non costituisce oggetto di specifica indagine nel presente lavoro, la Commissione ritiene opportuno che le sia riconosciuta la competenza ad analizzare le partecipazioni di minoranza non di controllo, in quanto attualmente il regolamento sulle concentrazioni si applica solo alle "fusioni" in senso stretto (ossia alle acquisizioni di controllo da parte di una o più persone o imprese su una o più imprese o parti di impresa). Pertanto, la Commissione non può indagare o intervenire quando l'acquisizione di una partecipazione di minoranza non è collegata all'acquisizione del

controllo su un'impresa; tuttavia l'esperienza della Commissione, delle Autorità degli Stati membri e dei paesi terzi, nonché la ricerca in materia economia, rivelano che l'acquisizione di una partecipazione di minoranza non di controllo, in alcuni casi, può a sua volta recare pregiudizio alla concorrenza e, conseguentemente, ai consumatori. La Commissione, infatti, propone un sistema di trasparenza mirato che le consentirebbe di circoscrivere l'indagine alle operazioni potenzialmente problematiche, e risulterebbe particolarmente adatto a prevenire il pregiudizio che causano ai consumatori.

Ad ogni modo, è il secondo degli individuati obiettivi di riforma, vale a dire la razionalizzazione del sistema dei rinvio dei casi, su cui è opportuno, in questa sede, soffermarsi.

3.1. La proposta volta a semplificare il rinvio prima della notifica

Il Regolamento sulle concentrazioni, come noto, ha istituito un sistema di “sportello unico”, in base al quale le concentrazioni aventi dimensione europea (in base alle soglie di fatturato di cui all’art. 1 del Regolamento) sono esaminate esclusivamente dalla Commissione, evitando così procedure di esame multiple a livello degli Stati membri. Se le soglie di fatturato fungono da “confine” per stabilire se una concentrazione possa avere una dimensione europea o transfrontaliera, il Regolamento sulle concentrazioni prevede anche che i casi siano rinviati dalla Commissione a uno o più Stati membri e viceversa. Tramite questo meccanismo un caso viene esaminato dall’Autorità più idonea, nel caso in cui non le sia già stato assegnato in ragione delle soglie di fatturato, sia prima che dopo aver notificato l’operazione ad un’Autorità competente.

La Commissione rileva che l’esperienza ha dimostrato che l’attuale procedura di rinvio prima della notificazione dagli Stati membri alla Commissione, a norma dell’art. 4, par. 5 del regolamento, risulta essere complessa e dispendiosa in termini di tempo.

Essa, infatti, comporta in primo luogo la presentazione di una “richiesta motivata” di rinvio in prima istanza, e una successiva notifica una volta che il rinvio è stato approvato.

È questo il motivo per cui è probabile che le parti abbiano scelto di non presentare una richiesta di rinvio in casi che sarebbero stati invece idonei per un rinvio alla Commissione.¹⁰⁵

La Commissione propone, pertanto, di semplificare i rinvii di cui all’art. 4, par. 5, abolendo l’attuale procedura in due fasi.

L’obiettivo delle proposte di modifica del sistema di rinvio, contenute nel Libro bianco, è quello di facilitare i rinvii al fine di rendere il

¹⁰⁵ Cfr. Libro bianco, pag. 17 ss.

sistema complessivamente più efficiente, senza riformarne in modo radicale le caratteristiche.

Alla luce delle descritte criticità e dato il numero esiguo di richieste a norma dell'art. 4, par. 5 che dal 2004 hanno incontrato il veto di uno Stato membro¹⁰⁶, la Commissione propone l'abolizione dell'attuale procedura in due fasi, di cui all'art.4, par 5, poiché in tal modo (si presume che) si accelererebbero i rinvii previsti da detta disposizione, rendendoli più efficaci e mantenendo al tempo stesso la capacità degli Stati membri di porre il veto su una richiesta nei rari casi in cui lo ritengano necessario.

Di conseguenza, le parti notificherebbero un'operazione direttamente alla Commissione che, a sua volta, trasmetterebbe immediatamente la notificazione agli Stati membri, dando la possibilità di opporsi alla richiesta di rinvio entro 15 giorni lavorativi agli Stati membri competenti *prima facie* ad esaminare l'operazione conformemente alla normativa nazionale. Salva l'ipotesi in cui uno Stato membro competente si opponga alla richiesta, alla Commissione spetterebbe la disamina dell'intera operazione. Al contrario, nel caso in cui uno Stato membro competente si opponesse alla competenza della Commissione, quest'ultima rinuncerebbe interamente a tale competenza e gli Stati membri conserverebbero la propria.

In tali circostanze la Commissione non avrebbe alcun margine di discrezionalità e adotterebbe una decisione in cui stabilisce di non essere più competente. Dovrebbe poi spettare alle parti determinare a quali Stati membri presentare la notifica.

Per quanto riguarda, invece, il rinvio prima della notificazione dalla Commissione agli Stati membri di cui all'art. 4 par. 4, del Regolamento sulle concentrazioni, la Commissione propone di precisare le soglie sostanziali per il rinvio.

¹⁰⁶ Soltanto 6 delle 261 richieste a norma dell'articolo 4, paragrafo 5, presentate dal 2004 hanno incontrato il veto di uno Stato membro.

Al fine di incentivare l'uso di tale disposizione, la Commissione propone di adattare il criterio sostanziale di cui all'articolo 4, paragrafo 4, in modo che le parti non debbano più sostenere che l'operazione potrebbe *“incidere in misura significativa sulla concorrenza in un mercato”* affinché un caso possa essere oggetto di rinvio.

Basterebbe, così, dimostrare che i principali effetti dell'operazione potrebbero ripercuotersi in un mercato distinto all'interno dello Stato membro in questione.

L'abolizione del presunto “elemento di autodenuncia”, nella prospettiva adottata dalla Commissione, potrebbe portare ad un aumento del numero di richieste a norma dell'articolo 4, paragrafo 4.

3.2. La proposta volta a razionalizzare il rinvio successivo alla notifica dagli Stati membri alla Commissione

Le vigenti norme in materia di rinvio successivo alla notificazione dagli Stati membri alla Commissione, ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento, determinano il passaggio della competenza dalle Autorità Nazionali alla Commissione; tale passaggio, però, si verifica soltanto nel caso in cui lo Stato membro di riferimento abbia presentato o comunque aderito ad una richiesta di rinvio.

Talora, questo meccanismo ha condotto a indagini parallele della Commissione e delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, in contrasto con il principio dello sportello unico.

Pertanto, la Commissione propone di razionalizzare i rinvii di cui all'art 22, in modo da attribuire a se stessa la competenza in tutto lo Spazio economico europeo nei casi di cui è investita di una richiesta di rinvio ciò al fine di dare migliore attuazione al principio dello sportello unico.

La Commissione, dunque, propone la seguente modifica:

- uno o più Stati membri che siano competenti a esaminare un'operazione conformemente alla normativa nazionale potrebbero chiedere un rinvio alla Commissione entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui l'operazione è stata loro notificata (o resa nota)¹⁰⁷;
- la Commissione avrebbe la facoltà di decidere se accettare o no una richiesta di rinvio, per esempio rifiutando il rinvio se l'operazione non ha effetti transfrontalieri, in conformità all'articolo 22, paragrafo 1, primo comma, del Regolamento sulle concentrazioni. Qualora decida di accettare una richiesta di rinvio, la Commissione sarebbe competente per l'intero territorio dello Spazio economico europeo;

¹⁰⁷ Contrariamente al sistema attuale, solo gli Stati membri competenti ad esaminare l'operazione conformemente alla normativa nazionale potrebbero chiedere un rinvio.

– tuttavia, qualora uno o più Stati membri competenti si oppongano al rinvio, la Commissione rinuncerebbe a tale competenza per tutto lo spazio economico europeo e gli Stati membri conserverebbero la competenza. Lo Stato membro non sarebbe tenuto a motivare la sua opposizione al rinvio.

Per rendere operativa la proposta di cui sopra, devono essere affrontate due questioni¹⁰⁸. In primo luogo, potrebbe insorgere un problema di tempistica se la richiesta di rinvio è presentata dopo che un altro Stato membro ha già autorizzato l'operazione nel suo territorio. In questo caso, la Commissione non sarebbe più in grado di esercitare la propria competenza in tutto lo Spazio economico europeo. In secondo luogo, gli altri Stati membri potrebbero non disporre di informazioni sufficienti per accertare se siano competenti e se abbiano il diritto di opporsi a tale rinvio o, nel caso in cui siano competenti, per operare una scelta informata in merito all'opportunità o meno di opporsi al rinvio, in quanto potrebbero non aver ancora ricevuto una notificazione.

Al fine di far fronte a questi problemi, nella misura del possibile, la Commissione propone che le Autorità nazionali garanti della concorrenza trasmettano avvisi di preinformazione dei casi di competenza giurisdizionale multipla o a carattere transfrontaliero o dei casi che riguardano i mercati che sono *prima facie* più ampi di quello nazionale nel più breve tempo possibile dal momento in cui uno Stato membro riceve la notificazione o viene a conoscenza dell'operazione. L'autorità nazionale garante della concorrenza dovrebbe indicare, in questa comunicazione, se sta considerando l'opportunità di presentare una richiesta di rinvio. In tal caso, la notificazione sarebbe sufficiente a determinare la sospensione dei termini nazionali in tutti gli Stati membri che stanno esaminando il caso.

¹⁰⁸ Cfr. I. FERRETTI, Osservazioni sulle proposte di modifica contenute nel Libro bianco, in *Contratto e impresa*, n.1, 2015, pag. 388.

In alternativa, qualora la Commissione ritenga di essere essa stessa l'autorità più idonea, inviterebbe lo Stato membro a chiedere un rinvio ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 5, e tale invito suspenderebbe allo stesso modo tutti i termini nazionali.

Tale soluzione procedurale dovrebbe ridurre il rischio che un'Autorità nazionale garante della concorrenza presenti una richiesta di rinvio alla Commissione quando un'altra Autorità nazionale garante della concorrenza ha già emesso una decisione che autorizza l'operazione. Tuttavia, nell'improbabile eventualità che uno Stato membro abbia adottato una decisione di autorizzazione prima di una richiesta di rinvio, la decisione di autorizzazione resterebbe valida e il caso sarebbe rinviato soltanto dagli altri Stati membri.

La circolazione di una comunicazione di informazione agevolerebbe anche la cooperazione e il coordinamento tra tutte le agenzie coinvolte nella procedura di esame e promuoverebbe la convergenza, pur non dando luogo a un rinvio alla Commissione.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Per queste considerazioni si rinvia I. FERRETTI, op. cit. pag. 389.

4. La consultazione pubblica indetta dalla Commissione europea

Dal 9 luglio 2014 al 3 ottobre 2014 la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica¹¹⁰ avente ad oggetto le proposte volte a migliorare il controllo delle concentrazioni a livello europeo contenute nel Libro bianco.

Detta consultazione è stata rivolta ai cittadini, agli enti pubblici, alle organizzazioni, e, in particolare, alla comunità imprenditoriale e ai loro rappresentanti, alle associazioni di categoria e associazioni di interesse dei consumatori e alle Autorità nazionali garanti della concorrenza, che hanno avuto esperienza diretta nell'applicazione del regolamento UE sulle concentrazioni.

La riforma del Regolamento sulle concentrazioni nel 2004 ha reso il regime di controllo delle concentrazioni dell'Unione europea più efficiente e prevedibile, preservando la concorrenza effettiva nel mercato unico a vantaggio delle imprese e dei consumatori. Tuttavia, l'esperienza degli ultimi anni, ha anche dimostrato che vi è spazio per migliorare ulteriormente alcuni aspetti del controllo delle concentrazioni.

A seguito della pubblicazione del Libro bianco, contenente una serie di proposte dirette a perfezionare il meccanismo di controllo sulle concentrazioni, la Commissione si è mostrata aperta al dialogo con i soggetti in vario modo interessati dall'applicazione del Regolamento del 2004. Scopo principale della consultazione pubblica, infatti, è stato quello di sollecitare tali soggetti ad esprimere valutazioni in ordine alle proposte avanzate, nell'ottica di una modifica realmente efficace e tesa ad un effettivo miglioramento del sistema.

In ordine alle risposte alla consultazione pubblica, la Commissione ha ricevuto osservazioni da un gran numero di parti interessate: 92 in totale. In particolare: 13 contributi da Autorità nazionali garanti della

¹¹⁰ Consultazione pubblica indetta dalla Commissione Europea, 9 luglio 2014, Bruxelles COM(2014) 449 *final*.

concorrenza di stati membri dell'UE, 7 contributi dei governi degli Stati membri, 1 contributo da un parlamento nazionale, 13 contributi provenienti da aziende, 22 contributi di studi legali, 11 contributi di associazioni di diritto, 17 contributi da associazioni di categoria e 8 contributi provenienti dal mondo accademico, società di consulenza economica, internazionale organizzazioni e altre associazioni.

Per quanto riguarda, nello specifico, la materia dei rinvii, obiettivo fondamentale della consultazione è stato promuovere una maggiore convergenza e cooperazione fra gli Stati membri, nonché fra la Commissione e gli Stati membri, per evitare decisioni divergenti in ambito di controllo sulle concentrazioni, risultanti da indagini parallele (della Commissione e delle Autorità garanti della concorrenza di diversi Stati membri).

Le proposte avanzate dalla Commissione nel Libro bianco, e sottoposte alla valutazione delle parti consultate, sono quelle inerenti alla modifica degli artt. 4 par. 4, 4 par. 5 e 22 del Regolamento 139/2004.

Dall'analisi dei principali pareri¹¹¹ ricevuti durante la consultazione pubblica in merito alle proposte volte a migliorare il funzionamento dei meccanismi di rinvio razionalizzando il procedimento e riducendo gli oneri amministrativi per le parti, si evince che la maggioranza assoluta dei soggetti interessati (sia Autorità nazionali che soggetti privati) che ha partecipato alla consultazione accoglie le proposte della Commissione per facilitare i meccanismi di rinvio attuali.

Nello specifico, per quanto riguarda le proposte relative al rinvio prima della notificazione dalla Commissione agli stati membri¹¹², di cui

¹¹¹ Le risposte dei soggetti interpellati sono consultabili all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/index_en.html.

¹¹² La Commissione propone di precisare le soglie sostanziali per il rinvio prima della notificazione dalla Commissione agli Stati membri ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4. Al fine di incentivare l'uso di tale disposizione, la Commissione propone di adattare il criterio sostanziale di cui all'articolo 4, paragrafo 4, in modo che le parti non debbano più sostenere che l'operazione potrebbe "incidere in misura significativa

all'art. 4 par. 4, soltanto alcune delle Autorità garanti nazionali intervenute nella consultazione si sono espresse in via esplicita sul punto. Lo stesso è a dirsi per i soggetti privati.¹¹³

La proposta, in ogni caso, è stata accolta con favore, e se ne è sottolineata l'idoneità a favorire un più ampio ricorso alla procedura di rinvio.

Risposte positive sono pervenute anche con riferimento al rinvio c.d. verso l'alto, dagli Stati membri alla Commissione, di cui all'art. 4 par. 5.¹¹⁴

Si è sottolineato che l'abolizione dell'attuale procedura in due fasi determinerebbe, con ogni probabilità, uno snellimento importante ai fini di un più funzionale utilizzo dello strumento regolamentare. Ad ogni modo, sono emersi significativi suggerimenti riguardanti una auspicabile riduzione del termine, assegnato agli Stati membri per opporsi alla richiesta di rinvio, da 15 giorni a 5-10 giorni. In questo modo i tempi sarebbero razionalizzati ed i rischi connessi all'incertezza degli esiti diminuiti.¹¹⁵

Si è evidenziato, altresì, che l'eventuale riduzione, da 3 a 2, del numero degli Stati membri inizialmente competente per l'esame di una

sulla concorrenza in un mercato" affinché un caso possa essere oggetto di rinvio. Basterebbe dimostrare che i principali effetti dell'operazione potrebbero ripercuotersi in un mercato distinto all'interno dello Stato membro in questione. L'abolizione del presunto "elemento di autodenuncia" potrebbe portare a un aumento del numero di richieste a norma dell'articolo 4, paragrafo 4.

¹¹³ Si sono espressi a riguardo la Francia tramite l'autorità garante della concorrenza, e tra i soggetti privati lo studio legale *Van Bael & Bellis*.

¹¹⁴ La Commissione propone l'abolizione dell'attuale procedura in due fasi (una richiesta motivata seguita da una notificazione). Con questa modifica si accelererebbero i rinvii di cui all'articolo 4, paragrafo 5, rendendoli più efficaci e mantenendo al tempo stesso la capacità degli Stati membri di porre il veto su una richiesta nei rari casi in cui lo ritengano necessario. Di conseguenza, le parti notificerebbero un'operazione direttamente alla Commissione che, quindi, trasmetterebbe immediatamente la notificazione agli Stati membri, dando la possibilità di opporsi alla richiesta di rinvio entro 15 giorni lavorativi agli Stati membri competenti *prima facie* ad esaminare l'operazione uniformemente alla normativa nazionale. Escluso il caso in cui uno Stato membro competente si opponga alla richiesta, la Commissione sarebbe competente a esaminare l'intera operazione.

¹¹⁵ Come proposto dall'autorità del Regno Unito.

concentrazione, costituirebbe un miglioramento notevole ed un sicuro incentivo all'utilizzo più frequente del rinvio¹¹⁶.

Per quanto riguarda, infine, le proposte della Commissione relative al rinvio successivo alla notificazione dagli Stati membri alla Commissione¹¹⁷, di cui all'art. 22 sono state fatte diverse osservazioni sia da parte delle Autorità nazionali che dai soggetti privati.

Per ovviare al problema che potrebbe sorgere a livello di tempistica, se la richiesta di rinvio da parte di uno Stato è presentata dopo che un altro Stato membro ha già autorizzato l'operazione nel suo territorio, la Commissione (nelle proposte inserite nel Libro bianco) suggerisce la previsione di avvisi di preinformazione. Avvisi che le Autorità nazionali garanti della concorrenza dello Stato membro, che ha intenzione di presentare richiesta di rinvio, devono comunicare agli altri stati membri interessati.

¹¹⁶ Come proposto dalla commissione per il commercio del parlamento svedese.

¹¹⁷ La Commissione propone di razionalizzare i rinvii di cui all'art 22, in modo da attribuire a se stessa la competenza in tutto lo Spazio economico europeo nei casi di cui è investita di una richiesta di rinvio – ciò al fine di dare migliore attuazione al principio dello sportello unico. La Commissione, dunque, propone la seguente modifica: - uno o più Stati membri che siano competenti a esaminare un'operazione conformemente alla normativa nazionale potrebbero chiedere un rinvio alla Commissione entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui l'operazione è stata loro notificata (o resa nota) ; - la Commissione avrebbe la facoltà di decidere se accettare o no una richiesta di rinvio, per esempio rifiutando il rinvio se l'operazione non ha effetti transfrontalieri, in conformità all'articolo 22, paragrafo 1, primo comma, del Regolamento sulle concentrazioni. Qualora decida di accettare una richiesta di rinvio, la Commissione sarebbe competente per l'intero territorio dello Spazio economico europeo; – tuttavia, qualora uno o più Stati membri competenti si oppongano al rinvio, la Commissione rinuncerebbe a tale competenza per tutto lo spazio economico europeo e gli Stati membri conserverebbero la competenza. Lo Stato membro non sarebbe tenuto a motivare la sua opposizione al rinvio. Inoltre la Commissione propone che le Autorità nazionali garanti della concorrenza trasmettano avvisi di preinformazione dei casi di competenza giurisdizionale multipla o a carattere transfrontaliero o dei casi che riguardano i mercati che sono *prima facie* più ampi di quello nazionale nel più breve tempo possibile dal momento in cui uno Stato membro riceve la notificazione o viene a conoscenza dell'operazione.

Sull'opportunità di tali avvisi preinformativi si registrano risposte positive da parte della maggior parte dei soggetti privati¹¹⁸; essi, infatti, ritengono si tratti di un mezzo appropriato per affrontare il rischio riguardante la tempistica, precisando che tali avvisi dovrebbero essere sintetici in modo da facilitarne l'efficacia stessa riducendo al minimo l'onere delle parti interessate. Anche per quanto riguarda le risposte delle Autorità nazionali, si tratta generalmente di riscontri positivi; alcune, però, esprimono preoccupazioni per quanto riguarda la capacità delle autorità nazionali garanti di ottenere informazioni.¹¹⁹

Tali avvisi di preinformazione dovrebbero, stando alle proposte del Libro bianco, determinare l'effetto di sospendere i termini nazionali di tutti gli Stati membri che stanno esaminando il caso. Su tale "obbligo di *stand still*" (obbligo di sospensione), tra le Autorità nazionali alcune esprimono preoccupazioni in quanto un uso abusivo di questo strumento potrebbe portare ad un'intromissione eccessiva all'interno degli Stati membri¹²⁰. La maggior parte delle Autorità nazionali, comunque, accoglie positivamente la sospensione di 15 giorni. I soggetti privati accolgono positivamente la proposta della Commissione contenuta nel Libro bianco, ed alcuni propongono una riduzione da 15 a 10 giorni.¹²¹

La proposta della commissione in ordine alla modifica dell'art. 22 prevede, inoltre, la competenza della Commissione su tutto lo SEE una volta accolta la richiesta di rinvio. Su tale competenza vi è un consenso pressoché unanime degli Stati membri, mentre per quanto riguarda i soggetti privati, la maggior parte degli studi legali e associazioni che commentano su questo tema sono del parere che la competenza della Commissione non dovrebbe estendersi a tutto lo spazio economico

¹¹⁸ Tra cui lo studio legale *Van Bael & Bellis*.

¹¹⁹ Si è espresso a riguardo l'autorità garante della Germania - Bundesministerium für Wirtschaft und Energie & Bundeskartellamt.

¹²⁰ Tra cui l'autorità garante dell'Irlanda.

¹²¹ Tra cui lo studio legale Herbert Smith Freehills.

europeo e che gli Stati membri (che non abbiano presentato né aderito alla richiesta di rinvio) dovrebbero rimanere competenti, secondo il diritto nazionale, di valutare la concentrazione una volta rinviata; quindi ritengono che gli obblighi preinformativi non siano sufficienti a scongiurare il rischio connesso alla “tempistica”.¹²²

Infine, per quanto riguarda, il rinvio successivo alla notificazione dalla Commissione alle Autorità nazionali disciplinato all’art. 9 del Regolamento 139/2004, nonostante non sia stato interessato dalle proposte della Commissione contenute nel Libro bianco, alcuni soggetti nella consultazione pubblica hanno avanzato proposte di modifica. In particolare, un certo numero di Autorità nazionali garanti della concorrenza ha proposto di chiarire i criteri sostanziali di applicazione, in riferimento anche alla definizione di mercato distinto, che potrebbe consentire una più facile applicazione della norma.¹²³

¹²² Si è espresso a riguardo ad esempio lo studio legale Herbert Smith Freehills precisando che non ci sono mezzi per garantire che uno Stato membro non abbia già autorizzato una transazione prima di una richiesta di rinvio di un altro Stato membro.

¹²³ Si espressa a riguardo l’autorità garante della concorrenza della Francia.

CAPITOLO 4

LA NORMATIVA ITALIANA SUL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI

1. La disciplina nazionale della concorrenza.

La disciplina della concorrenza rappresenta il fattore necessario per il consolidamento e lo sviluppo dell'economia di mercato, basata sul pluralismo, sulla libertà di accesso ai fattori di produzione e agli sbocchi di mercato, sulla diversità dei prodotti offerti, sull'incremento della libertà di scelta, sullo sviluppo della qualità dei prodotti e sul meccanismo di auto controllo dei prezzi.

Da un punto di vista prettamente economico, la disciplina della concorrenza è lo strumento per superare particolari momenti di crisi dell'economia, eliminando o riducendo gli ostacoli allo sviluppo rappresentati dalla presenza di monopoli od oligopoli che frenano il libero evolversi dei rapporti di produzione e di scambio di beni e servizi. Tuttavia, accanto a tali aspetti vanno considerati quelli di tipo più propriamente di indirizzo politico, data la crescente importanza dei fenomeni economici nella determinazione delle linee di sviluppo dei singoli Stati¹²⁴.

Infatti, se è pur vero che in un regime di concorrenza il mercato deve essere libero, ciò è vero solo in parte essendo altrettanto vero che compito dello Stato, è quello di intervenire per rendere concorrenziali le dinamiche che nel mercato stesso si generano.

La composizione di una tale contraddizione (più apparente che reale), tra dinamiche del mercato ed intervento regolatore dello Stato, ha assunto forme diverse a seconda del luogo e, soprattutto, del periodo di riferimento.

¹²⁴ Per una riflessione più ampia si rinvia a P. FATTORI, M. TODINO, La disciplina della concorrenza in Italia, Bologna, 2010, pag. 4.

Infatti, se negli Stati Uniti lo Stato ha sempre ricoperto, in particolare per quanto riguarda la materia economica, un potere limitato, esaltando così la libertà di iniziativa del singolo, in Europa lo Stato rappresenta tuttora il fulcro, in misura più o meno marcata, dell'intera attività di ciascun paese e quindi, soprattutto, dell'economia.

Così mentre negli Stati Uniti le misure anticoncorrenziali sono state adottate prevalentemente per arginare il potere economico che aveva preso il sopravvento su quello politico consentendo alle grandi corporation di divenire le veri artefici di gran parte delle scelte di indirizzo anche politico, in Europa il diritto della concorrenza si afferma specialmente in ambito comunitario con la finalità di realizzazione del mercato comune, quindi con lo scopo di favorire la libera circolazione dei prodotti nello spazio comune europeo.¹²⁵

La normativa interna italiana che disciplina e tutela la concorrenza si pone in posizione subordinata rispetto a quella comunitaria. I fenomeni posti sotto osservazione, in quanto ritenuti dannosi o pregiudizievoli per la concorrenza, del resto, sono gli stessi previsti a livello europeo e si identificano nelle intese, negli abusi di posizione dominante e nelle concentrazioni. La posizione di subordinazione della normativa interna si evince considerando, innanzitutto, che tali fenomeni vanno interpretati tenendo conto dei principi dell'ordinamento europeo; in secondo luogo, che gli stessi sono soggetti alla normativa interna solo in via residuale, in quanto sottoposti al suo campo di applicazione esclusivamente laddove non incidano sulla concorrenza del mercato sovranazionale.

Nonostante questa preminenza, di centrale importanza per il funzionamento del meccanismo anche sovranazionale è il ruolo ricoperto dalle Autorità nazionali, che, in numerose e rilevanti casistiche, coadiuvano la Commissione nella concreta applicazione della normativa antimonopolistica dell'Unione Europea.

¹²⁵ Cfr. P. FATTORI, M. TODINO, op. cit., pag. 6.

2. La tutela della concorrenza e controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese in Italia

Per quanto riguarda il dato normativo della disciplina nazionale in materia di concentrazioni occorre avere riguardo alla l. 287/90.

Determinante è l'influenza della disciplina dettata in ambito europeo su quella nazionale, vista la dimensione acquisita dai processi di concentrazione che esulano dall'ambito nazionale per interessare, invece, l'ambito economico europeo.

Inoltre, l'esperienza dell'Unione europea, nell'applicazione del Regolamento del 1989, aveva evidenziato lacune che sono state in parte sanate dal nuovo Regolamento del 2004; lacune che in alcuni casi sono state colmate anche dall'applicazione in Italia delle norme a tutela del diritto alla concorrenza e dalle decisioni emesse dalla competente Autorità di regolazione¹²⁶.

L'autorità che in Italia presiede all'applicazione della normativa *antitrust* fa parte del più ampio *network* ECN (*European Competition Network*) ed è un'autorità amministrativa indipendente, priva del carattere di terzietà proprio degli organi giurisdizionali, e dall'altra parte, tuttavia, pur sempre soggetta al controllo di questi, ma il cui operato è severamente scandito dalle disposizioni di legge.

Se però, da una parte, il ruolo dell'AGCM in Italia può in un certo modo essere considerato “ingombrante” e per certi versi le sue attribuzioni troppo ampie, dall'altra, soprattutto in tema di controllo sulle concentrazioni, lo stesso ruolo risulta fortemente ridimensionato alla luce della normativa europea e dei meccanismi di ripartizione delle competenze tra Autorità nazionali e Commissione.¹²⁷

¹²⁶ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nota anche come Antitrust o AGCM, è un'autorità amministrativa indipendente italiana, istituita con la legge n. 287/1990 su impulso della normativa comunitaria.

¹²⁷ Cfr. G.M. PESCE, R. STRANGIO, G. ADAMO, Il quadro normativo delle concentrazioni: Dalla legislazione europea a quella nazionale, in <http://www.studiolegaleadamo.it>

Anche nella normativa italiana, come in quella comunitaria, il controllo sulle concentrazioni è disegnato su di un sistema di controllo preventivo, teso ad evitare che dette operazioni possano costituire o rafforzare una posizione dominante che sia in grado di eliminare o ridurre la concorrenza sul mercato nazionale.

Il controllo delle concentrazioni rappresenta il settore che fino ad oggi è stato meno sviluppato da parte dell'Autorità, sia perché forte è stato il limite imposto dalla competenza della Commissione, sia per la difficoltà di rispettare tempi brevi per ultimare l'istruttoria delle operazioni.¹²⁸

L'ambito d'intervento dell'Autorità nazionale nel controllo delle concentrazioni è esercitato su ogni operazione che comporti una modifica duratura dell'assetto delle imprese senza che la natura dell'operazione abbia uno specifico rilievo (orizzontale, verticale o conglomerale); il controllo da parte degli uffici dell'Autorità riguarderà quindi operazioni di concentrazione che coinvolgono imprese che operano su mercati diversi¹²⁹.

Se una concentrazione soddisfa le soglie di fatturato previste nel regolamento comunitario, questa andrà comunicata direttamente alla Commissione che procederà all'esame.

Neppure la nostra cd. legge antitrust, come d'altra parte anche il reg. comunitario, specifica in maniera puntuale cosa si intenda per concentrazione e tuttavia descrive, all'art. 5¹³⁰, un serie di ipotesi in

¹²⁸ Cfr. F. GHEZZI, la disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia e l'obbligo di comunicazione preventiva: dal pieno al vuoto, in rivista delle società n. 2/3, 2013, pag. 485 ss.

¹²⁹ Ne è esempio il caso della concentrazione Enel/Infostrada all'attenzione dell'Autorità nel 2002.

¹³⁰ L. n. 287 del 1990, art. 5 «Operazioni di concentrazione. - 1. L'operazione di concentrazione si realizza: a) quando due o più imprese procedono a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune. 2. L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di

cui si presumono realizzate le conseguenze di una concentrazione. Secondo la normativa nazionale tale ipotesi si realizza: a) quando due o più imprese procedono a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune. Vengono invece espressamente escluse dal dettato normativo le operazioni di concentrazione che hanno per oggetto o per effetto principale il coordinamento di imprese indipendenti.

In breve, dall'analisi del dettato normativo, si può facilmente evincere che per il diritto nazionale si ha una concentrazione quando un'operazione incide in maniera rilevante sulla struttura delle imprese partecipanti concedendo a queste la possibilità di operare sul mercato in maniera anticoncorrenziale e comunque in contrasto con gli interessi dei consumatori.

Per quanto riguarda gli altri aspetti rilevanti della disciplina vengono altresì in evidenza gli artt. 6, 7, 16, 17, 18 e 19 del medesimo testo normativo. Fulcro dell'intera disciplina è l'art. 6, rubricato “divieto di operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza”. Tale disposizione va letta in un'ottica organica, ed in particolare, con specifico riferimento all'art. 16 che a sua volta prevede i casi in cui una concentrazione deve ritenersi soggetta a comunicazione. Si tratta, sostanzialmente, di un criterio quantitativo e basato sul fatturato delle

un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse. 3. Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione».

imprese interessate dall'operazione, criterio omologo a quello comunitario.¹³¹

La legge nazionale antitrust prevede l'obbligo di notifica delle concentrazioni in cui il fatturato totale realizzato a livello nazionale dalle imprese interessate sia superiore a quattrocentoundici milioni di euro o qualora il fatturato realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione sia superiore a quarantuno milioni di euro¹³².

La finalità del controllo da parte dell'Autorità competente è, quindi, volta all'esame delle conseguenze che una serie di atti posti in essere da uno o più soggetti economici autonomi, volti al rafforzamento di una posizione dominante sul mercato, possono arrecare al mercato nazionale provocando una eliminazione o riduzione sostanziale e durevole della concorrenza.

L'art. 6 l. 287 del 1990, allineandosi agli orientamenti comunitari, vede nella acquisizione della posizione dominante la violazione della concorrenza; la Corte di Giustizia ha, infatti, più volte affermato che la posizione dominante consente alle imprese di impedire il mantenimento di una concorrenza effettiva. L'acquisto di una posizione dominante può infatti incidere sostanzialmente sulla concorrenza ostacolandone il suo mantenimento.

Proprio la necessità di evitare che si verifichino pregiudizi ad un corretto sviluppo della concorrenza nel mercato, ha favorito l'istituzione di un controllo preventivo in cui, chiaramente, non potranno essere verificate né le condotte anti competitive (che potranno essere effettivamente riscontrate solo a seguito della

¹³¹ Per queste considerazioni si veda approfonditamente F. TUFARELLI, op. cit., pag. 2034 ss.

¹³² Come noto, a norma dell'art. 16, comma 1, l. 287/90 le soglie di fatturato al di sopra delle quali diviene obbligatoria la comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione sono rivalutate annualmente sulla base della variazione dell'indice del deflatore dei prezzi del prodotto interno lordo. Con delibera n. 42278, pubblicata in Boll. N. 12/2013, l'Autorità garante ha portato i valori rispettivamente a 48 (per la seconda soglia) e 480 milioni di euro (per la prima soglia).

realizzazione della concentrazione), né la semplice incidenza sulle condizioni concorrenziali del mercato (che sarà valutata attraverso un esame degli effetti).

Il legislatore italiano ha previsto, quindi, un controllo *ex ante* sulle concentrazioni; le imprese dovranno notificare le concentrazioni prima della loro attuazione, ma anche prima del loro perfezionamento giuridico¹³³. Nella prassi le imprese hanno comunicato anche contratti definitivi tra le parti condizionati dall'autorizzazione dell'Autorità Garante.¹³⁴

D'accordo con parte della dottrina¹³⁵ è opportuno evidenziare che nella previsione dell'art. 6 l. n. 287 del 1990, non rileva tanto come causa di illiceità di una concentrazione la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, bensì l'atteggiarsi dell'operazione con riguardo agli effetti che questa può avere sul mercato e sulle altre imprese interessate a partecipare alla competizione in quel determinato settore.

Non si verifica un controllo, quindi, sulla fase finale dell'operazione, ma sull'insieme di atti che le imprese hanno adottato con la finalità di giungere ad una concentrazione; sono notificate anche concentrazioni non ancora perfezionate, ma che dall'istruttoria rivelavano la serietà degli intendimenti delle parti a giungere alla conclusione dell'accordo.

I termini per il controllo da parte dell'Autorità sono assai ristretti per assicurare una certezza del diritto e soprattutto per evitare all'impresa di sospendere per un tempo eccessivo le proprie attività.¹³⁶

L'Autorità, ai sensi dell'art. 6 comma 2 l. n. 287 del 1990 quando accerta che un'operazione di concentrazione elimini o riduca la

¹³³ Per quanto riguarda le sanzioni sull'omessa o tardiva comunicazione, il Garante ha dapprima avuto un atteggiamento conciliante che teneva in considerazioni le diverse scriminanti possibili, per poi irrigidirsi e prevedendo l'irrogazione di sanzioni pecuniarie la cui onerosità dipendeva dalle citate situazioni che soggettivamente o oggettivamente hanno impedito di adempiere all'obbligo nei confronti dell'Autorità.

¹³⁴ Cfr. F. GHEZZI, op. cit., pag. 485 ss.

¹³⁵ Cfr. F. TUFARELLI, op. cit., pag. 2034 ss.

¹³⁶ Ibidem.

concorrenza, può vietare l'operazione o autorizzarla prescrivendo le misure necessarie che impediscano questo risultato.

Questa seconda possibilità deriva dalla necessità di garantire la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore e di evitare, quindi, che vi siano interventi del soggetto pubblico che interferiscano con le scelte economiche/strategiche.

L'Autorità, quindi, dovrà cercare di adottare la misura meno pregiudizievole per gli interessi dei soggetti privati, in modo da non porsi in contrasto con le dinamiche della concorrenza e con una normale competitività tra imprese.

Al termine di una pre-istruttoria della durata di un mese dalla notifica dell'operazione, l'Autorità dovrà quindi accertare se l'operazione notificata arrechi conseguenze negative sul mercato della concorrenza attraverso la creazione o il rafforzarsi di una posizione dominante.

A differenza di quanto previsto in ambito comunitario, ove le parti interessate all'operazione di concentrazione potranno presentare rimedi anche nel corso della prima fase (consentendo così alla Commissione di non istruire la seconda), in ambito nazionale, per poter prescrivere rimedi e consentire che le imprese assumano impegni correttivi, l'Autorità deve concludere il procedimento istruttorio e solo allora accertare se l'operazione sia effettivamente suscettibile di produrre una riduzione della concorrenza ai sensi del primo comma dell'art. 6.

Solo dopo aver completato tutte le fasi del procedimento, l'Autorità potrà effettivamente valutare se vi siano effetti pregiudizievoli per la concorrenza.

L'Autorità italiana può prescrivere autonomamente dei rimedi alle imprese; questo potere, se da un lato può sembrare limitativo dell'autonomia dei privati in quanto inciderebbe sulle scelte economiche dell'imprenditore, dall'altro lascia alle imprese la possibilità di scegliere se continuare nella realizzazione dell'operazione. L'Autorità, infatti, nel suggerire dei rimedi espone

implicitamente un suo giudizio e consente quindi ai soggetti interessati di orientare diversamente le proprie scelte. Seppure quindi viene tutelato il diritto delle parti alla realizzazione dei loro obiettivi strategici è certo che i suggerimenti del soggetto controllore possono giocare un ruolo decisivo nella scelta di effettuare o meno l'operazione di concentrazione.¹³⁷

Le misure suggerite dall'Autorità possono avere carattere strutturale o comportamentale. I rimedi strutturali interessano prevalentemente l'impresa, la composizione di questa, l'eventuale acquisto di quote di altre imprese e la risoluzione di contratti di approvvigionamento o di fornitura esclusiva a lungo termine. I rimedi strutturali sono generalmente i più efficaci anche perché possono essere più facilmente verificati dalla competente Autorità di regolazione.

I rimedi definiti comportamentali riguardano, invece, gli impegni di *facere o non facere* che le parti interessate al buon esito dell'operazione di concentrazione assumono per la futura politica commerciale. Ne sono esempio l'obbligo di garantire ai concorrenti l'approvvigionamento delle proprie materie prime o l'utilizzo delle proprie infrastrutture.

Evidente, quindi, la difficoltà di verificare l'adempimento di questi impegni; la verifica che gli impegni assunti dall'impresa nei confronti delle imprese concorrenti sia rispettato necessita di un'intensa attività di monitoraggio da parte degli uffici dell'Autorità.

Se la verifica dei rimedi di tipo strutturale è più semplice, poiché oggettivamente verificabile, ciò che qui rileva è che l'utilizzo dei rimedi comportamentali risponde meglio all'esigenza di non arrecare limitazioni alla libertà di scelta dell'impresa interessata; il rimedio suggerito dall'Autorità è volto a stabilire il rispetto dell'equilibrio del mercato, di assicurare che vi sia una effettiva concorrenza e che la

¹³⁷ Per queste considerazioni si rinvia a: F. GHEZZI, op. cit., pag. 485 ss.

competitività sia esercitata nel pieno rispetto di quelle regole che per tali motivi sono state poste.

3. I poteri dell'Autorità garante

L'Autorità, in materia di operazioni di concentrazione tra imprese, detiene gli stessi poteri investigativi relativi agli altri procedimenti *antitrust*: a) il potere di richiedere ad imprese, enti o persone anche non coinvolte nell'istruttoria, copia di documenti o informazioni (art. 14 comma 2); b) poteri ispettivi presso le imprese parti del procedimento coadiuvate dalla Guardia di finanza; c) collaborazione di esperti.

In un primo tempo, le ispezioni presso imprese sono state effettuate raramente, ma negli ultimi anni si è assistito ad un incremento di queste per quelle operazioni di concentrazione che presentano maggiore problemi dal punto di vista concorrenziale. È da precisare, tuttavia, che l'Autorità Garante sembra ricorrere ai propri poteri ispettivi solo qualora l'assunzione di informazioni non abbia portato a risultati soddisfacenti sugli effetti dell'operazione.

Nella fase istruttoria è garantito il contraddittorio per le parti del procedimento attraverso la possibilità di presentare memorie e documenti o attraverso le audizioni presso gli uffici o presso l'organo collegiale che rappresenta la chiusura della procedura dinanzi all'Autorità. Seppure in maniera ridotta, il contraddittorio è garantito anche alle parti denunciante o titolari di un interesse giuridicamente rilevante che partecipano nella prassi ad audizioni presso gli uffici e presso il collegio.

Il controllo sulle concentrazioni e il relativo potere sanzionatorio sono disciplinati all'art. 19 l. n. 287 del 1990.

Le sanzioni previste dalla legge hanno carattere amministrativo pecuniario e sono commisurate al fatturato dell'impresa; il non aver previsto forme di tutela, quali l'invalidità, ha spinto parte della dottrina¹³⁸ a considerare che il legislatore abbia previsto una disciplina delle concentrazioni non come una regola dell'atto di iniziativa economica privata, ma appunto una disciplina volta ad assicurare un corretto equilibrio del mercato.

La disciplina nazionale sulla non ottemperanza a decisioni di divieto o ad autorizzazioni dell'Autorità, è meno complicata di quella prevista a livello comunitario che, come sopra descritto, nella nuova formulazione regolamentare ha stabilito una gradazione delle misure correttive, così rispettando il principio di proporzionalità limitando la discrezionalità della Commissione.

L'art. 19 l. n. 287 del 1990 prevede sanzioni amministrative solo laddove vi sia una violazione di una decisione di divieto.

Si è concordi, però, nel ritenere inclusa come fattispecie suscettibile di sanzione anche l'aver effettuato l'operazione di concentrazione senza che siano state adottate le misure suggerite dall'Autorità per evitare che si verifichi un pregiudizio alla concorrenza¹³⁹; l'inottemperanza al rispetto dei criteri suggeriti dall'Autorità comporta, quindi, l'assoggettabilità al regime sanzionatorio disciplinato dalla legge.

È stato sottolineato che nella l. n. 287 del 1990 è attribuito all'Autorità un potere che risulta essere non solo invasivo dell'autonomia dei privati, incidendo sulle scelte strategiche del singolo imprenditore, ma anche sostitutivo di questo. L'Autorità (art. 18 comma 3 l. n. 287 del 1990) dispone, infatti, del potere discrezionale di prescrivere misure ripristinatorie «se l'operazione di concentrazione è già stata realizzata [...] a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva». Le misure prescritte possono avere un grado maggiore o minore di invasività; la

¹³⁸ Cfr. F. TUFARELLI, op. cit., pag. 2034 ss.

¹³⁹ Cfr. F. GHEZZI, op. cit., pag. 485 ss.

prescrizione di queste misure deve essere attentamente valutata dall'Autorità e deve avere riguardo alla sola tutela dell'effettiva concorrenza e «nel rispetto del principio di proporzionalità»¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Cfr. P.FATTORI, R. TODINO, op. cit. pag. 224.

CONCLUSIONI

Nel presente lavoro di tesi si è trattato il fenomeno delle concentrazioni tra imprese, rivolgendo particolare attenzione alla cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali nel corso della procedura di controllo sugli effetti potenzialmente anticoncorrenziali di tali operazioni. Il fenomeno delle concentrazioni tra imprese ha assunto rilevanza sempre maggiore in funzione della progressiva realizzazione del mercato comune. La scomparsa progressiva di tutti gli ostacoli alla libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali, ha comportato, infatti, un'intensificazione della concorrenza a livello comunitario inducendo le imprese ad accrescere le proprie dimensioni e ad aumentare la produzione. Ciò che può destare preoccupazioni per il funzionamento del mercato e per il suo assetto concorrenziale è, appunto, la possibilità che un'impresa, concentrandosi con altri operatori prima indipendenti, acquisti un significativo potere di mercato che le consenta, da sola o congiuntamente con altre, di ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, accrescendo la propria capacità di aumentare i prezzi o praticare condizioni svantaggiose per i consumatori. Per questo motivo è importante la disciplina UE sul controllo delle concentrazioni tra imprese di cui al regolamento 139/2004 che ha riformato e sostituito il precedente regolamento 4064/89. La procedura di controllo, così come delineata nella normativa europea, si incentra su di una valutazione *ex ante* che consiste nel verificare in quali termini un'operazione di concentrazione possa modificare i fattori che determinano lo stato di concorrenza in un determinato mercato, al fine di accertare se ne conseguirebbe un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. L'obiettivo principale del regolamento 139/2004 è stato il rafforzamento del principio dello sportello unico al fine di consentire alle imprese partecipanti alla concentrazione di rivolgersi, nel sistema di controllo previsto, ad un'unica autorità della concorrenza. La Commissione,

infatti, è titolare della competenza esclusiva per adottare le decisioni previste dal regolamento salve le eccezioni in base alle quali, appunto, la valutazione di impatto sulla concorrenza di una concentrazione di dimensione comunitaria può essere compiuta dalle Autorità statali. Seguendo un processo iniziato già nella vigenza del regolamento 4064/1989, pur lasciando invariate le disposizioni inerenti alle soglie di fatturato, si punta al rafforzamento del principio dello sportello unico attraverso una razionalizzazione del sistema dei rinvii di cui agli artt. 9 e 22; inoltre, tra le innovazioni volte sempre a raggiungere una migliore cooperazione ed efficienza tra Autorità nazionali e Commissione, vi è l'introduzione della possibilità di richiesta di rinvio prima della notificazione disciplinata all'art. 4 par. 4 e 5. Il regolamento 139/2004 disciplina, tramite procedimenti di cooperazione tra Commissione e Autorità nazionali, il rapporto tra i seguenti interessi: - Facilità di individuazione della competenza della Commissione tramite soglie di fatturato; - Necessità che una concentrazione di dimensione comunitaria che abbia effetto solo su di uno Stato membro sia valutata dall'Autorità del relativo Stato membro; - Necessità che concentrazioni che hanno effetto sul commercio tra Stati membri (cioè che siano notificate a più Stati membri) siano valutate dall'organo che tutela il commercio interstatale, cioè la Commissione. Tra le problematiche emerse, già dall'applicazione del regolamento 4064/89, e ancora presenti con il nuovo regolamento, risulta interessante quella legata al cd: rinvio parziale, che si risolve essenzialmente in una suddivisione della competenza ad esaminare la stessa operazione tra organismi posti a due livelli diversi, nazionale e comunitario. Il rinvio parziale si pone in netto contrasto con gli obiettivi dichiarati, rappresentando un'eccezione difficilmente giustificabile a detto principio; il meccanismo sembra obbedire soltanto ad un eccessivo riguardo nei confronti del principio di sussidiarietà. L'istituto del rinvio parziale, in sintesi, rende il sistema

potenzialmente confliggente non solo con il principio dello sportello unico, ma anche con quello della certezza del diritto e dell'uniformità del controllo delle concentrazioni.

Alla luce delle varie riforme avutesi, gli obiettivi prefissati dalla Commissione, volti a raggiungere una maggiore certezza del diritto e una migliore applicazione del sistema di rinvii, possono dirsi in buona parte raggiunti, ma nonostante questi sembrano funzionare in maniera soddisfacente, si evidenziano margini di miglioramento, così come emerso nella relazione della Commissione derivante dalla consultazione pubblica del 2009¹⁴¹. In particolare, sono stati posti in luce alcuni problemi, di natura procedurale. Le parti interessate hanno espresso preoccupazione con riguardo, soprattutto, ai tempi in generale e alla complessità del processo di rinvio. La relazione del 2009 aveva, come solo obiettivo, quello di operare un primo *step* di verifica sui meccanismi di ripartizione di competenza che potesse costituire una base di valutazione per poi indagare, in una fase successiva, l'opportunità di adottare ulteriori iniziative strategiche. Delle considerazioni derivanti dalla consultazione del 2009 dà conto il Libro bianco “verso un controllo più efficace delle concentrazioni UE” che, da un lato, ha riepilogato quali sono state le modalità di applicazione, nel tempo intercorso, del criterio sostanziale di “ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva” e, dall'altro, ha delineato e proposto le modalità necessarie per promuovere maggiormente la convergenza e la cooperazione fra gli Stati membri, nonché fra la Commissione e gli Stati membri. La Commissione, in questa sede, ha quindi formulato proposte di modifica specifiche, volte a rendere più efficaci i controlli sulle concentrazioni a livello dell'UE. Nel Libro bianco si osserva che all'interno dell'UE, norme e prassi divergenti sulle concentrazioni potrebbero sommarsi agli oneri amministrativi che già gravano sulle imprese, con la conseguenza di rendere inefficace il controllo delle

¹⁴¹ Relazione sul funzionamento del Regolamento n. 139/2004, Bruxelles, del 18 giugno 2009.

concentrazioni, nonché di condurre a risultati incoerenti, con un impatto negativo sul mercato interno. La Commissione cerca, quindi, di risolvere, molte questioni problematiche proponendo ad esempio di semplificare i rinvii di cui all'art. 4, par. 5, abolendo l'attuale procedura in due fasi, al fine di rendere il sistema complessivamente più efficiente, senza riformarne in modo radicale le caratteristiche. Per quanto riguarda, invece, il rinvio prima della notificazione dalla Commissione agli Stati membri di cui all'art. 4 par. 4, del Regolamento sulle concentrazioni, la Commissione propone di precisare le soglie sostanziali per il rinvio. Inoltre la Commissione propone di razionalizzare i rinvii di cui all'art. 22, in modo da attribuire a se stessa la competenza in tutto lo Spazio economico europeo nei casi di cui è investita di una richiesta di rinvio, ciò al fine di dare migliore attuazione al principio dello sportello unico. Tale soluzione procedurale dovrebbe ridurre il rischio che un'Autorità nazionale garante della concorrenza presenti una richiesta di rinvio alla Commissione quando un'altra Autorità nazionale garante della concorrenza ha già emesso una decisione che autorizza l'operazione. Dal 9 luglio 2014 al 3 ottobre 2014 la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica avente ad oggetto le proposte contenute nel Libro bianco. Scopo principale della consultazione pubblica, infatti, è stato quello di sollecitare i soggetti interpellati ad esprimere valutazioni in ordine alle proposte avanzate, nell'ottica di una modifica realmente efficace e tesa ad un effettivo miglioramento del sistema. La maggior parte delle proposte della Commissione sono state accolte positivamente dai vari soggetti partecipanti; ciò nonostante permangono tuttora questioni aperte o comunque da migliorare per continuare a promuovere una maggiore convergenza e cooperazione fra gli Stati membri, nonché fra la Commissione e gli Stati membri. In esito alla consultazione pubblica è emersa, infatti, la possibilità di intervenire ancora sul testo regolamentare per incentivare un maggiore

utilizzo dei sistemi di rinvio, semplificando ulteriormente le procedure risolvendo l'incertezza del diritto derivante dal problema del rinvio parziale.

Concludendo, quindi, si può affermare che le proposte di ottimizzazione per una più efficace applicazione del regolamento 139/2004 sul controllo delle concentrazioni tra imprese nell'UE sono positive rispetto al sistema attuale, anche se allo stesso tempo è auspicabile un successivo studio per la risoluzione dei problemi nelle parti in cui è possibile un margine di miglioramento.

BIBLIOGRAFIA

AMICO, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni*, in *Le società*, 2004, p. 368 ss.

ANTONUCCI, *La disciplina comunitaria delle concentrazioni tra imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, p. 413.

CALAMIA, VIGIAK, *Diritto dell'unione europea*, Milano, 2015.

CAROLLO, *Il controllo delle concentrazioni tra imprese nel diritto comunitario*, Palermo, 2009.

CASSANIS, SABA, *La riforma comunitaria sul controllo delle concentrazioni*, 2004.

CATRICALA', GABRIELLI, *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011.

CHIARAMONTE, *Le concentrazioni bancarie in Europa e i processi di integrazione cross-border*. Milano, 2008.

CORTESE, FERRARO, MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, Torino, 2014.

DRAETTA, PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

FATTORI, TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010.

FERRETTI, *Osservazioni sulle proposte di modifica contenute nel Libro bianco*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2015, p. 388.

GHEZZI, *La disciplina di controllo delle concentrazioni in Italia e l'obbligo di comunicazione preventiva: dal pieno al vuoto*, Milano, 2013, p. 485 ss.

MEGLIANI, *La riforma della disciplina comunitaria sulle concentrazioni tra imprese*, in *Diritto del commercio internazionale*, vol. 18, n. 3, 2004, p. 686 ss.

MEROLA, ARMATI, *La riforma del controllo comunitario delle concentrazioni: gli aspetti di procedura*, in *Dir. Un. Eur.*, Milano, 2004, p. 137 ss.

MOAVERO MILANESI, *Antitrust e concentrazioni tra imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1992, p. 44.

MONTI, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, in *Regolazione e Concorrenza*, (a cura di) TESAURO, D'ALBERTI, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2002, p. 75 ss.

PACE, *Diritto Europeo della concorrenza*, Padova, 2007.

PAPPALARDO, *Il progetto di Regolamento (CEE) sul controllo delle concentrazioni*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1989, p. 114.

PESCE, ADAMO, *Concentrazioni: prassi applicative e giurisprudenza*, in *Diritto.it*, 2011.

PESCE, STRANGIO, ADAMO, *Il quadro normativo delle concentrazioni: Dalla legislazione europea a quella nazionale*, 2011.

RICCI, COLOMBINI, *La finanza delle piccole e medie aziende*, Milano, 1997.

STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, 2010.

TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

TODINO, *La riforma del controllo delle concentrazioni nell'ordinamento comunitario*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2004.

TUFARELLI, *L'autonomia delle imprese e l'attività del controllo da parte dei pubblici poteri: evoluzione e riflessi nazionali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, fasc. 7/8.

ATTI E DOCUMENTI

Caso M.2621 dell'8 gennaio 2002, in GUCE n. C(2002)38.).

Comunicazione della Commissione al Consiglio-Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 def.).

Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni, in GUCE 56 del 5 marzo 2005 p.2.

Consultazione pubblica indetta dalla Commissione Europea, 9 luglio 2014, Bruxelles COM(2014) 449 final.

Decisione Continental Can, in GUCE n. L 7 dell'8 gennaio 1972, pagg. 25 e ss.

Documento di accompagnamento alla Relazione del 2009, pag. 4.

Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1990, n. 240).

Libro bianco, “verso un controllo più efficace delle concentrazioni UE”, Bruxelles, 9.7.2014, COM (2014) 449.

Libro Verde sulla riforma del regolamento 4064/89, presentato dalla Commissione l'11 dicembre 2001.

Memorandum of the Commission to the Governments of the Member State, Concentration of Enterprises in the Common Market, EEC Competition Series, Study No. 3, Brussels, 1996.

Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio, del 30.06.1997 [Gazzetta ufficiale L 180 del 09.07.1997].

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni"), Gazzetta ufficiale n. L 024 del 29/01/2004 pag. 0001 – 0022.

Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese [Gazzetta ufficiale L 395 del 30.12.1989].

Regolamento CE n. 802/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 di esecuzione del Regolamento CE n. 139/2004, in GUUE n. L 133 del 30/04/2004.

Relazione sul funzionamento del Regolamento n. 139/2004, Bruxelles, del 18 giugno 2009.